Direito Constitucional Descomplicado

VICENTE PAULO
MARCELO ALEXANDRINO

2ª Edição, revista e atualizada

IMPETUS

DIREITO CONSTITUCIONAL
DESCOMPLICADO

VICENTE PAULO
MARCELO ALEXANDRINO

3ª Edição, Revista e Atualizada

gen Grupo Editorial Nacional | EDITORA MÉTODO | Vicente & Marcelo

© **EDITORA MÉTODO**

Visite nosso site: www.editorametodo.com.br

metodo@editorametodo.com.br

Capa: Marcelo **S.** Brandão

Foto da Capa: Ali Taylor (www.alitaylorphotography.co.uk)

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

Paulo, Vicente, 1968-
Direito Constitucional descomplícado / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. - 3. ed., rev. e atualizada. - Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO : 2008.

ISBN 978-85-309-2794-3

Bibliografia
1. Direito constitucional - Brasil. 2. Direito constitucional. I. Alexandrino, Marcelo. II. Título.

08-3519. CDU: 342(81)

ISBN 978-85-309-2794-3

A Editora Método se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
2008

Ao MARCELO ALEXANDRINO, *pela imensa satisfação que tem sido a nossa parceria como co-autores de obras jurídicas. Na dedicatória do nosso primeiro livro, agradeci a Deus pelo privilégio de ter conhecido esse meu amigo-irmão. Agora, quase dez anos depois, percebi o quanto as palavras são pequenas para retratar a nossa amizade, o bem mais valioso que construímos ao longo desse período.*

Vicente Paulo

Dedico a meu irmão VICENTE PAULO *esta obra. Para mim, representa ela o rematado coroamento de nossa amizade e de todos os esforços que, há muito, juntos envidamos.*

Marcelo Alexandrino

NOTA DOS AUTORES

O adjetivo "descomplicado" não é sinônimo de "superficial" ou "básico", como demonstra este livro. O emprego, no título, daquele qualificativo tem por intuito, apenas, realçar o detalhamento e a didática com que é apresentado o seu abrangente conteúdo. Com efeito - é importante frisar -, tem nas mãos o leitor uma obra completa, na qual foram minudentemente tratados, com adequado grau de aprofundamento, todos os assuntos relevantes do Direito Constitucional, tanto os relacionados com a sua teoria geral quanto aqueles positivados pela Constituição de 1988.

Prova da preocupação que tiveram os autores com a completude de seu trabalho e a exposição pormenorizada dos diversos assuntos são o número de tópicos e a extensão de alguns dos capítulos. Nestes, proporciona-se ampla análise da matéria teórica, reforçada pela referência sistemática à jurisprudência de nossa Corte Constitucional, muitas vezes acompanhada do exame de situações hipotéticas e de esquemas e quadros sinóticos, sempre visando a tornar a exposição o mais didática possível. Como exemplos desse cuidado com a abrangência do conteúdo, e em tornar fácil sua assimilação pelo leitor, citam-se os capítulos destinados ao estudo dos "Direitos Fundamentais" e do "Controle de Constitucionalidade", com mais de 150 páginas, cada qual.

Enfim, trata-se de obra apta a atender, sobejamente, as necessidades dos estudantes de Direito, inclusive os que estejam prestando o Exame da Ordem, dos candidatos aos mais diversos concursos públicos, bem como dos profissionais do Direito em geral, que laborem na área do Direito Público.

APRESENTAÇÃO

Com a missão de disponibilizar o melhor conteúdo científico e com a visão de ser o maior, mais eficiente e mais completo grupo provedor de conteúdo educacional do país, nasce o GEN | Grupo Editorial Nacional. Um grupo formado por editoras do segmento CTP - Científico, Técnico e Profissional -, atuante nas áreas de Saúde, Técnica e Direito. Surge como a maior organização brasileira no segmento.

Compondo a área jurídica do GEN temos a tradicional Editora Forense - que conta com os mais brilhantes juristas brasileiros dentre seus autores - e a jovem Editora Método - com forte atuação em publicações para concursos públicos e Exame de Ordem, da OAB.

A Editora Método, como uma unidade do GEN, é hoje líder do mercado em publicações preparatórias para o Exame de Ordem e se posiciona, definitivamente, para ser a Número 1 em publicações para concursos públicos.

Nessa direção, acabamos de dar um grande passo.

A família GEN passa a ter como parceiros os dois maiores nomes da literatura jurídica voltada aos concursos públicos: Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, representados pela marca Vicente & Marcelo.

Atentos ao mercado editorial voltado para concursos, temos acompanhado o crescimento e a evolução do trabalho de Vicente e Marcelo. Professores excepcionais, o sucesso da dupla pode ser constatado pelas inúmeras manifestações de seus alunos e pela grande aceitação de suas obras. Quem conhece, sabe do que falamos; quem não conhece, terá oportunidade de conferir.

Um grande diferencial dos jovens escritores é a capacidade singular de transportar para a escrita a mesma didática das salas de aulas, pela qual conseguem tratar de temas altamente complexos, de forma objetiva e cristalina, em linguagem descomplicada, totalmente acessível. A maestria na comunicação (seja na oratória, seja na escrita), a clareza na abordagem dos temas, a empatia com seu público e a preparação podem explicar parte do sucesso.

Aliado a tudo isso, dentre os grandes méritos dos Autores merecem destaque o envolvimento, dedicação, seriedade, disposição, transpiração, com

que a dupla se volta ao seu mister. Nesse pequeno período em que estamos trabalhando (Autores e Editor) já foi possível constatar essa realidade.

A obra *Direito Constitucional Descomplicado* é o reflexo das características apontadas acima, e apresenta uma abordagem completa do tema, contemplando o conteúdo de editais dos principais concursos públicos, como também os programas das universidades do País, tudo com o rigor científico que exige a matéria.

Dessa forma a presente publicação foge do padrão das obras tradicionais (com textos rebuscados, na maioria das vezes de difícil compreensão). Sua redação é direta e objetiva, capaz de atender leitores que desejam obter rendimento máximo no menor prazo possível (estudo racionalizado).

Assim, acreditamos que o termo *Descomplicado* traduz com exatidão o "espírito", o conceito, da obra: *Descomplicado = racionalidade* (estudo racionalizado), *funcionalidade, praticidade, simplicidade, objetividade, dinamismo...*

Bons estudos!!

Vauledir Ribeiro Santos
Editor Jurídico

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1

DIREITO CONSTITUCIONAL E CONSTITUIÇÃO 1

1. Origem e conteúdo do Direito Constitucional 1
   1.1. Objeto do Direito Constitucional quanto ao foco de investigação 3
2. Constituição: noções iniciais, objeto e evolução 4
   2.1. Constituição em sentido sociológico, político e jurídico 5
   2.2. Constituição em sentido material e formal 9
3. Classificação das Constituições 11
   3.1. Quanto à origem 11
   3.2. Quanto à forma 12
   3.3. Quanto ao modo de elaboração 12
   3.4. Quanto ao conteúdo 13
   3.5. Quanto à estabilidade 17
   3.6. Quanto à correspondência com a realidade 20
   3.7. Quanto à extensão 21
   3.8. Quanto à finalidade 21
   3.9. Outras classificações 22
4. Breve resumo das Constituições do Brasil 24
   4.1. A Constituição do Império (1824) 24
   4.2. A primeira Constituição Republicana (1891) 25
   4.3. A Constituição de 1934 26
   4.4. A Constituição do Estado Novo (1937) 27
   4.5. A Constituição de 1946 28
   4.6. A Constituição de 1967 29
   4.7. A Constituição de 1969 (Emenda n.° 1 à Constituição de 1967) 29
   4.8. A Constituição de 1988 30
5. Classificação e estrutura da CF/88 32
   5.1. Preâmbulo 32
   5.2. Parte dogmática da Constituição de 1988 34
   5.3. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) .. 34
   5.4. "Elementos da Constituição" 35

6. Entrada em vigor de uma nova Constituição 36
6.1. *Vacado Constitutionis* 37
6.2. Retroatividade mínima 37
6.3. Entrada em vigor da nova Constituição e a Constituição pretérita 40
6.3.1. Desconstitucionalização 40
6.4. Direito ordinário pré-constitucional 41
6.4.1. Direito ordinário pré-constitucional incompatível 42
6.4.1.1. Inconstitucionalidade superveniente 43
6.4.2. Direito ordinário pré-constitucional compatível 44
6.4.3. Direito ordinário pré-constitucional não vigente 52
6.4.4. Direito ordinário em período de *vacado legis* 53
6.5. Controle de constitucionalidade do direito pré-constitucional 54
7. Classificação das normas constitucionais quanto ao grau de eficácia e aplicabilidade 57
7.1. Classificação de José Afonso da Silva 58
7.1.1. Normas de eficácia plena 58
7.1.2. Normas de eficácia contida 58
7.1.3. Normas de eficácia limitada 61
7.1.4. Eficácia das normas programáticas 63
7.2. Classificação de Maria Helena Diniz 64
8. Interpretação da Constituição 65
8.1. Métodos de interpretação 66
8.1.1. O método jurídico (método hermenêutico clássico) 67
8.1.2. O método tópico-problemático 67
8.1.3. O método hermenêutico-concretizador 68
8.1.4. O método científico-espiritual 69
8.1.5. O metódo normativo-estruturante 69
8.1.6. A interpretação comparativa 69
8.2. Princípios de interpretação 70
8.2.1. Princípio da unidade da Constituição 70
8.2.2. Princípio do efeito integrador 70
8.2.3. Princípio da máxima efetividade 71
8.2.4. Princípio da justeza 71
8.2.5. Princípio da harmonização 71
8.2.6. Princípio da força normativa da Constituição 72
8.2.7. Interpretação conforme a Constituição 72
8.3. Teoria dos poderes implícitos 73

CAPÍTULO 2

PODER CONSTITUINTE ... 75
1. Conceito ... 75
2. Titularidade e exercício ... 76
3. Espécies ... 78

CAPÍTULO 3

PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ... 83
1. Princípios fundamentais ... 83
2. Direitos e garantias fundamentais - teoria geral e regime jurídico . 89
2.1. Origem ... 89
2.2. Os quatro *status* de Jellinek ... 90
2.3. Distinção entre direitos e garantias ... 91
2.4. Características ... 92
2.5. Classificação ... 93
2.6. Destinatários ... 95
2.7. Relações privadas ... 96
2.8. Natureza relativa ... 97
2.9. Restrições legais ... 98
2.10. Conflito (ou colisão) ... 99
2.11. Renúncia ... 100
3. Os direitos fundamentais na CF/88 - aspectos gerais ... 101
3.1. Aplicabilidade imediata ... 101
3.2. Enumeração aberta e interpretação ... 102
3.3. Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ... 104
3.4. Tribunal Penal Internacional ... 104
4. Direitos e deveres individuais e coletivos previstos na CF/88 (art. 5.°) ... 107
4.1. Direito à vida ... 107
4.2. Direito à liberdade ... 108
4.3. Princípio da igualdade (art. 5.°, *caput*, e inciso I) ... 108
4.4. Princípio da legalidade (art. 5.°, II) ... 110
4.5. Liberdade de expressão (art. 5.°, IV, V, IX, XIV) ... 115
4.6. Liberdade de crença religiosa e convicção política e filosófica (art. 5.°, VI, VII, VIII) ... 118
4.7. Inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5.°, X) ... 120

4.8. Inviolabilidade domiciliar (art. 5.°, XI) 122
4.9. Inviolabilidade das correspondências e comunicações (art. 5.°, XII) 122
4.10. Liberdade de atividade profissional (art. 5.°, XIII) 126
4.11. Liberdade de reunião (art. 5.°, XVI) 126
4.12. Liberdade de associação (art. 5.°, XVII a XIX) 128
4.13. Representação processual *versus* substituição processual (art. 5.°, XXI e LXX; art. 8.°, III) 129
4.14. Direito de propriedade (art. 5.°, XXII a XXXI) 131
4.15. Desapropriação (art. 5.°, XXIV) 136
4.16. Requisição administrativa (art. 5.°, XXV) 139
4.17. Defesa do consumidor (art. 5.°, XXXII) 140
4.18. Direito de informação (art. 5.°, XXXIII) 140
4.19. Direito de petição (art. 5.°, XXXIV, "a") 141
4.20. Direito de certidão (art. 5.°, XXXIV, "b") 142
4.21. Princípio da inafastabilidade de jurisdição (art. 5.°, XXXV) 143
4.22. Proteção ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito (art. 5.°, XXXVI) 146
4.23. Juízo natural (art. 5.°, XXXVII e LIII) 149
4.24. Júri popular (art. 5.°, XXXVIII) 149
4.25. Princípio da legalidade penal e da retroatividade da lei penal mais favorável (art. 5.°, XXXIX e XL) 151
4.26. Vedação ao racismo (art. 5.°, XLII) 153
4.27. Tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo, crimes hediondos e ação de grupos armados contra a ordem constitucuional (art. 5.°, XLIII e XLIV) 154
4.28. Pessoalidade da pena (art. 5.°, XLV) 156
4.29. Princípio da individualização da pena; penas admitidas e penas vedadas (art. 5.°, XLVI e XLVII) 156
4.30. Extradição (art. 5.°, LI e LII) 158
4.31. Devido processo legal (art. 5.°, LIV) 161
4.31.1. Princípio da razoabilidade ou proporcionalidade 162
4.32. Contraditório e ampla defesa (art. 5.°, LV) 164
4.32.1. Ampla defesa e duplo grau de jurisdição 168
4.33. Vedação à prova ilícita (art. 5.°, LVI) 169
4.34. Princípio da presunção da inocência (art. 5.°, LVII) 173
4.35. Identificação criminal do civilmente identificado (art. 5.°, LVIII) 174
4.36. Ação privada subsidiária da pública (art. 5.°, LIX) 175

4.37. Hipóteses constitucionais em que é possível a prisão (art. 5.°, LXI, LXVI) ... 177
4.38. Direito à não auto-incriminação e outros direitos do preso (art. 5.°, LXII, LXIII, LXIV e LXV) ... 178
4.39. Prisão civil por dívida (art. 5.°, LXVII) ... 180
4.40. Assistência jurídica gratuita (art. 5.°, LXXIV) ... 182
4.41. Indenização por erro judiciário e excesso na prisão (art. 5.°, LXXV) ... 184
4.42. Gratuidade do Registro Civil de Nascimento e da Certidão de Óbito (art. 5.°, LXXVI) ... 185
4.43. Celeridade processual (art. 5.°, LXXVIII) ... 186
4.44. *Habeas corpus* (art. 5.°, LXVIII) ... 187
4.44.1. Ofensa indireta ao direito de locomoção ... 189
4.44.2. Descabimento ... 190
4.45. Mandado de segurança (art. 5.°, LXIX) ... 192
4.45.1. Liminar ... 196
4.45.2. Duplo grau ... 197
4.45.3. Mandado de segurança coletivo ... 198
4.46. Mandado de injunção ... 199
4.46.1. Mandado de injunção *versus* ADI por omissão ... 200
4.46.2. Cabimento ... 201
4.46.3. Descabimento ... 204
4.46.4. Legitimação ... 204
4.46.5. Eficácia da decisão ... 205
4.47. *Habeas data* ... 208
4.48. Ação popular ... 210
4.48.1. Objeto ... 212
4.48.2. Competência ... 214
5. Direitos Sociais ... 215
5.1. Noções ... 215
5.2. Enumeração constitucional dos direitos sociais individuais dos trabalhadores (art. 7.°) ... 217
5.3. Direitos sociais coletivos dos trabalhadores (arts. 8.° a 11) ... 221
5.4. Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social ... 222
5.5. Concretização dos direitos sociais e a "reserva do financeiramente possível" ... 223
6. Nacionalidade ... 227
6.1. Noções ... 227
6.2. Espécies de nacionalidade ... 229

6.3. Critérios de atribuição de nacionalidade 229
6.4. Brasileiros natos (aquisição originária) 229
6.5. Brasileiros naturalizados (aquisição secundária) 232
6.6. Portugueses residentes no Brasil 234
6.7. Tratamento diferenciado entre brasileiro nato e naturalizado 234
6.8. Perda da nacionalidade 235
6.9. Dupla nacionalidade 235
7. Direitos políticos 236
7.1. Noções 236
7.2. Direito ao sufrágio 237
7.3. Capacidade eleitoral ativa 237
7.4. Plebiscito e referendo 239
7.5. Capacidade eleitoral passiva 240
7.6. Inelegibilidades 241
7.6.1. Inelegibilidade absoluta 242
7.6.2. Inelegibilidade relativa 242
7.6.2.1. Motivos funcionais 242
7.6.2.2. Motivos de casamento, parentesco ou afinidade 245
7.6.2.3. Condição de militar 247
7.6.2.4. Previsões em lei complementar 248
7.7. Privação dos direitos políticos 248
7.8. Princípio da anterioridade eleitoral 250

CAPÍTULO 4

ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA 253
1. Introdução 253
2. Formas de Estado 253
3. Formas de governo 256
4. Sistemas de governo 257
5. Regimes de governo 260
6. A Federação na Constituição de 1988 261
6.1. União 266
6.2. Estados-membros 268
6.2.1. Auto-organização e autolegislação 268
6.2.2. Autogoverno 269
6.2.3. Auto-administração 272

6.2.4. Vedações ao poder constituinte decorrente 272
6.3. Municípios 280
6.4. Distrito Federal 283
6.5. Territórios Federais 286
6.6. Formação dos estados 287
6.7. Formação dos municípios 290
6.8. Formação dos Territórios Federais 291
6.9. Vedações constitucionais aos entes federados 292
7. Intervenção federal 293
7.1. Intervenção federal espontânea 295
7.2. Intervenção federal provocada 295
7.3. Decreto interventivo 300
7.4. Controle político 301
7.5. Controle jurisdicional 303
8. Intervenção nos municípios 303

CAPÍTULO 5

REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS 305
1. Noções 305
1.1. Modelos de repartição 306
1.2. Espécies de competências 307
1.3. Técnica adotada pela CF/88 308
2. Competências da União 311
3. Competência comum 317
4. Competência legislativa concorrente 318
5. Competências dos estados 323
6. Competências do Distrito Federal 324
7. Competências dos municípios 325

CAPÍTULO 6

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 329
1. Noções introdutórias 329
2. Princípios administrativos 332
3. Normas constitucionais sobre organização da administração pública 339
4. Normas constitucionais sobre ingresso no serviço público 342

5. Normas constitucionais sobre o regime jurídico dos agentes públicos 348
5.1. Noções gerais 348
5.2. Direito de associação sindical dos servidores públicos 351
5.3. Direito de greve dos servidores públicos 351
5.4. Regras constitucionais pertinentes à remuneração dos agentes públicos 352
5.4.1. Fixação da remuneração e revisão geral anual 353
5.4.2. Limites de remuneração dos servidores públicos 354
5.4.3. Irredutibilidade dos vencimentos e subsídios 358
5.5. Vedação à acumulação de cargos, empregos e funções públicos 359
5.6. Disposições constitucionais relativas aos servidores em exercício de mandatos eletivos 361
5.7. Estabilidade 362
5.8. Direitos trabalhistas atribuídos pela Constituição aos servidores públicos 365
5.9. Regime de previdência dos servidores públicos 366
6. Administração tributária 376
7. Obrigatoriedade de licitar 376
8. Responsabilidade civil da administração pública 379

CAPÍTULO 7

PODER LEGISLATIVO 383
1. Tripartição de Podcres 383
2. Funções 388
3. Composição 389
3.1. Congresso Nacional 389
3.2. Câmara dos Deputados 391
3.2.1. Sistema proporcional 393
3.2.2 Fidelidade partidária 397
3.3. Senado Federal 398
4. Órgãos 399
4.1. Mesas diretoras 399
4.2. Comissões 400
4.2.1. Comissões parlamentares de inquérito 404
4.2.1.1. Criação 405
4.2.1.2. Poderes de investigação 407
4.2.1.3. Direitos dos depoentes 409

4.2.1.4. Competência 411
4.2.1.5. Incompetência 414
4.2.1.6. Controle judicial 416
4.2.1.7. Publicidade 417
4.3. Plenário 418
5. Reuniões 419
6. Atribuições 421
6.1. Atribuições do Congresso Nacional 421
6.2. Atribuições da Câmara dos Deputados 424
6.3. Atribuições do Senado Federal 427
6.4. Convocação e pedidos de informação a Ministro de Estado 430
7. Estatuto dos congressistas 431
7.1. Imunidades 432
7.1.1. Imunidade material 432
7.1.2. Imunidade formal 435
7.2. Foro especial em razão da função 441
7.3. Afastamento do Poder Legislativo 443
7.4. Desobrigação de testemunhar 445
7.5. Incorporação às Forças Armadas 445
7.6. Subsistência das imunidades 445
7.7. Incompatibilidades 446
7.8. Perda do mandato 447
7.9. Renúncia ao mandato 450
7.10. Manutenção do mandato 452
7.11. Deputados estaduais, distritais e vereadores 452
8. Tribunais de contas 454
8.1. Tribunal de Contas da União 454
8.2. Tribunais de contas estaduais, distrital e municipais 460

CAPÍTULO 8

PROCESSO LEGISLATIVO 463
1. Conceito 463
2. Classificação 464
3. Processo legislativo ordinário 465
3.1. Fase introdutória 465
3.1.1. Espécies de iniciativa 466
3.1.2. Iniciativa e Casa iniciadora 468

3.1.3. Iniciativa popular 468
3.1.4. Iniciativa privativa do Chefe do Executivo 469
3.1.5. Iniciativa dos tribunais do Poder Judiciário 470
3.1.6. Iniciativa em matéria tributária 471
3.1.7. Iniciativa da lei de organização do Ministério Público 472
3.1.8. Prazo para exercício de iniciativa reservada 473
3.1.9. Iniciativa privativa e emenda parlamentar 474
3.1.10. Vício de iniciativa e sanção 475
3.2. Fase constitutiva 475
3.2.1. Abolição da aprovação por decurso de prazo 476
3.2.2. Atuação prévia das comissões 476
3.2.3. Deliberação plenária 477
3.2.4. Aprovação definitiva pelas comissões 480
3.2.5. Sanção 481
3.2.6. Veto 482
3.3. Fase complementar 488
3.3.1. Promulgação 488
3.3.2. Publicação 489
4. Procedimento legislativo sumário 491
5. Lei ordinária 492
6. Lei complementar 493
7. Processos legislativos especiais 495
7.1. Emendas à Constituição 495
7.2. Medidas provisórias 496
7.2.1. Desnecessidade de convocação extraordinária 497
7.2.2. Limitações materiais 497
7.2.3. Procedimento legislativo 499
7.2.4. Prazo de eficácia 501
7.2.5. Trancamento de pauta 501
7.2.6. Trancamento subseqüente de pauta 502
7.2.7. Perda de eficácia 503
7.2.8. Apreciação plenária 508
7.2.9. Conversão parcial 508
7.2.10. Reedição 510
7.2.11. Medida provisória e impostos 511
7.2.12. Art. 246 da CF 512
7.2.13. Medidas provisórias anteriores à EC n.° 32/2001 513
7.2.14. Retirada 514

7.2.15. Revogação ... 514
7.2.16. Apreciação judicial dos pressupostos constitucionais ... 516
7.2.17. Medida provisória *versus* lei delegada ... 518
7.2.18. Medida provisória nos estados-membros ... 519
7.3. Leis delegadas ... 520
7.4. Decretos legislativos ... 523
7.5. Resoluções ... 525
8. Processo legislativo nos estados-membros e municípios ... 526
9. Relação hierárquica entre as espécies normativas ... 527
9.1. Tratados internacionais e suas relações com as demais espécies normativas ... 535
10. Controle judicial do processo legislativo ... 539

CAPÍTULO 9

MODIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 ... 543
1. Introdução ... 543
2. Mutação, revisão e reforma ... 544
2.1. Revisão constitucional ... 546
2.2. Reforma à Constituição ... 549
3. Limitações ao poder de reforma ... 551
3.1. Limitações temporais ... 551
3.2. Limitações circunstanciais ... 552
3.3. Limitações processuais ou formais ... 553
3.3.1. Limitações processuais ligadas à apresentação da proposta de emenda à Constituição ... 554
3.3.1.1. Ausência de participação dos municípios 554
3.3.1.2. Ausência de iniciativa popular ... 555
3.3.1.3. Ausência de iniciativa reservada ... 555
3.3.2. Limitações processuais ligadas à deliberação sobre a proposta de emenda à Constituição ... 556
3.3.2.1. Ausência de "Casa revisora" ... 556
3.3.2.2. Alteração substancial ... 558
3.3.2.3. Promulgação fracionada ... 559
3.3.3. Limitações processuais ligadas à promulgação da emenda ... 560
3.3.3.1. Ausência de sanção ou veto ... 561
3.3.4. Limitações processuais ligadas à vedação de reapreciação de proposta rejeitada ou havida por prejudicada .. 561

3.3.4.1. Substitutivo da proposta 562
3.3.4.2. Sessão legislativa extraordinária 563
3.4. Limitações materiais 564
3.4.1. A expressão "não será objeto de deliberação" 566
3.4.2. A expressão "tendente a abolir" 566
3.4.3. Cláusula pétrea e "os direitos e garantias individuais" 568
3.4.4. Vedação à "dupla revisão" 569
4. Controle judicial do processo legislativo de emenda 570
5. Controle judicial de emenda promulgada 573
6. Aplicabilidade imediata das emendas constitucionais (retroatividade mínima) 574
6.1. Emenda constitucional e direito adquirido 575
7. Reforma da Constituição estadual 575

CAPÍTULO 10

PODER EXECUTIVO 577
1. Noção de presidencialismo 577
2. Funções 579
3. Investidura 579
4. Impedimentos e vacância 582
5. Atribuições 584
5.1. Poder regulamentar 587
5.2. Decretos autônomos 590
6. Vice-Presidente da República 591
7. Ministros de Estado 592
8. Órgãos consultivos 596
9. Responsabilização 598
9.1. Crimes de responsabilidade 598
9.2. Crimes comuns 603
9.2.1. Imunidades 603
9.2.2. Prerrogativa de foro 605
10. Governadores de estado 607

CAPÍTULO 11

PODER JUDICIÁRIO 609
1. Introdução 609

2. Órgãos do Poder Judiciário 612
3. Funções típicas e atípica^ 614
4. Garantias do Poder Judiciário 615
5. Organização da carreira 617
6. Garantias aos magistrados 622
7. Vedações 623
8. Subsídios dos membros do Poder Judiciário 624
9. Conselho Nacional de Justiça 624
10. Criação de órgão de controle administrativo pelos estados-membros 630
11. Supremo Tribunal Federal 630
11.1. Competências 632
12. Superior Tribunal de Justiça 637
12.1. Competências 638
13. Justiça Federal 641
14. Justiça do Trabalho 644
15. Justiça Eleitoral 648
16. Justiça Militar 649
17. Justiça Estadual 650
18. Justiça do Distrito federal 651
19. Justiça dos Territórios 651
20. "Quinto constitucional" 651
21. Julgamento de autoridades 652
22. Precatórios judiciais 654

CAPÍTULO 12

FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA 659
1. Introdução 659
2. Ministério Público 660
2.1. Composição 661
2.2. Posição constitucional 661
2.3. Princípios do Ministério Público 662
2.3.1. Princípio da unidade 662
2.3.2. Princípio da indivisibilidade 662
2.3.3. Princípio da independência funcional 663
2.3.4. Autonomia administrativa e financeira 663
2.3.5. Princípio do promotor natural 664

2.4. Funções do Ministério Público 665
2.5. Ingresso na carreira 667
2.6. Nomeação dos Procuradores-Gerais 668
2.7. Garantias dos membros 669
2.8. Vedações constitucionais 670
2.9. Conselho Nacional do Ministério Público 671
2.10. Ministério Público junto aos tribunais de contas 673
2.11. Prerrogativa de foro 674
2.12. Ação civil pública 675
2.12.1. Introdução 675
2.12.2. Objeto da ação civil pública 676
2.12.3. Restrições ao uso da ação civil pública 676
2.12.4. Partes na ação civil pública 678
2.12.5. Atuação do Ministério Público na ação civil pública 678
2.12.6. Responsabilidade do réu 679
2.12.7. Sentença 680
2.12.8. Inquérito civil e ação civil pública 680
2.12.9. Ação civil pública e ação popular 681
3. Advocacia pública 682
4. Advocacia 683
5. Defensoria Pública 685

CAPÍTULO 13

CONTROLE DECONSTITUCIONALIDADE 687
1. Introdução 687
2. Presunção de constitucionalidade das leis 690
3. Conceito e espécies de inconstitucionalidades 691
3.1. Inconstitucionalidade por ação e por omissão 693
3.2. Inconstitucionalidade material e formal 695
3.3. Inconstitucionalidade total e parcial 696
3.3.1. Declaração parcial de nulidade sem redução de texto e interpretação conforme a Constituição 698
3.4. Inconstitucionalidade direta e indireta 701
3.5. Inconstitucionalidade originária e superveniente 702
4. Sistemas de controle 703
5. Modelos de controle 704
6. Vias de ação 705
7. Momento do controle 706

8. Histórico do controle de constitucionalidade no Brasil 707
8.1. A Constituição de 1824 708
8.2. A Constituição de 1891 708
8.3. A Constituição de 1934 709
8.4. A Constituição de 1937 709
8.5. A Constituição de 1946 710
8.6. A Emenda Constitucional n.° 16, de 1965 711
8.7. A Constituição de 1967/1969 711
8.8. A Constituição de 1988 711
9. Jurisdição constitucional 715
10. Fiscalização não-jurisdicional 717
10.1. Poder Legislativo 718
10.2. Poder Executivo 722
10.3. Tribunais de contas 724
11. Controle difuso 724
11.1. Introdução 724
11.2. Legitimação ativa 726
11.3. Espécies de ações judiciais 726
11.4. Competência 728
11.4.1. Declaração da inconstitucionalidade pelos tribunais - a reserva de plenário 728
11.5. Recurso extraordinário 732
11.6. Efeitos da decisão 735
11.7. Atuação do Senado Federal 737
11.8. Súmula vinculante 741
11.8.1. Iniciativa 743
11.8.2. Atuação do Procurador-Geral da República 744
11.8.3. Manifestação de terceiros 745
11.8.4. Requisitos 745
11.8.5. Deliberação 746
11.8.6. Início da eficácia 746
11.8.7. Descumprimento 747
11.8.8. Súmulas anteriores à EC n° 45/2004 748
12. Controle abstrato 749
12.1. Introdução 749
12.2. Ação direta de inconstitucionalidade 751
12.2.1. Conceito 751
12.2.2. Legitimação ativa 752
12.2.3. Objeto 756

12.2.4. Norma constitucional parâmetro 763
12.2.5. Causa de pedir aberta 765
12.2.6. Petição inicial 767
12.2.7. Imprescritibilidade 767
12.2.8. Impossibilidade de desistência 768
12.2.9. Pedido de informações 768
12.2.10. Impossibilidade de intervenção de terceiros 769
12.2.11. Admissibilidade de *amicus curiae* 770
12.2.12. Atuação do Advogado-Geral da União 772
12.2.13. Atuação do Procurador-Geral da República 774
12.2.14. Atuação do relator na instrução do processo 776
12.2.15. Medida cautelar em ADI 777
12.2.16. Decisão de mérito 782
12.2.16.1. Deliberação 782
12.2.16.2. Natureza dúplice ou ambivalente 784
12.2.16.3. Efeitos da decisão 785
12.2.16.4. Modulação dos efeitos temporais 790
12.2.16.5. Definitividade da decisão de mérito 794
12.2.16.6. Limites da eficácia retroativa 794
12.2.16.7. Transcendência dos motivos determinantes 796
12.2.16.8. Inconstitucionalidade "por arrastamento" ... 800
12.2.16.9. Momento da produção de efeitos 802
12.3. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 802
12.3.1. Introdução 802
12.3.2. Legitimação ativa 804
12.3.3. Legitimação passiva 804
12.3.4. Objeto 805
12.3.5. Não-atuação do Advogado-Geral da União 806
12.3.6. Inexistência de medida cautelar 807
12.3.7. Efeitos da decisão de mérito 807
12.3.8. ADI por omissão *versus* mandado de injunção 808
12.4. Ação declaratória de constitucionalidade 809
12.4.1. Introdução 809
12.4.2. Principais aspectos comuns 810
12.4.3. Objeto 812
12.4.4. Relevante controvérsia judicial 812
12.4.5. Pedido de informações aos órgãos elaboradores da norma 814
12.4.6. Medida cautelar 814

12.4.7. Não-atuação do Advogado-Geral da União 816
12.5. Argüição de descamprimento de preceito fundamental 816
12.5.1. Introdução 816
12.5.2. A argüição autônoma e a argüição incidental 818
12.5.3. Objeto da ADPF e conteúdo do pedido 820
12.5.4. Preceito fundamental 824
12.5.5. Subsidiariedade da ADPF 826
12.5.6. Competência e legitimação 829
12.5.7. Petição inicial e procedimento 830
12.5.8. Medida liminar 832
12.5.9. Decisão 832
12.6. Representação interventiva 838
12.7. Controle abstrato nos estados 842
12.7.1. Introdução 842
12.7.2. Competência 842
12.7.3. Legitimação 843
12.7.4. Parâmetro de controle 844
12.7.5. Simultaneidade de ações diretas 845
12.7.6. Recurso extraordinário contra decisão de ADI estadual 849
12.7.7. Distrito Federal 851
12.7.8. Representação interventiva 852

CAPÍTULO 14

DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS 853
1. Introdução 853
2. Estado de defesa 854
2.1. Pressupostos 855
2.2. Prazo 856
2.3. Abrangência 856
2.4. Medidas coercitivas 856
2.5. Controle 857
3. Estado de sítio 858
3.1. Pressupostos 859
3.2. Duração 860
3.3. Abrangência 860
3.4. Medidas coercitivas 861
3.5. Controle 862

4. Forças armadas 863
5. Segurança pública 866

CAPÍTULO 15

SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL 869
1. Introdução 869
2. Competência tributária 871
2.1. Competência para legislar sobre Direito Tributário 872
3. Conceito de tributo e espécies tributárias integrantes do Sistema Tributário Nacional 876
3.1. Conceito de tributo 876
3.2. Impostos 877
3.3. Taxas 881
3.4. Contribuições de melhoria 886
3.5. Empréstimos compulsórios 887
3.6. Contribuições 888
4. Princípios tributários constitucionais e limitações ao poder de tributar 892
4.1. Princípio da legalidade tributária 893
4.2. Princípio da igualdade tributária 894
4.3. Princípio da irretroatividade tributária 896
4.4. Princípio da anterioridade do exercício financeiro 897
4.5. Princípio da anterioridade nonagesimal (noventena) 898
4.6. Princípio do não-confisco e princípio da capacidade contributiva 900
4.7. Princípio da liberdade de tráfego 903
4.8. Princípio da uniformidade geográfica e princípio da não-discriminação tributária 904
4.9. Imunidades tributárias 906
4.9.1. Imunidades previstas no art. 150 da Constituição 907
4.9.2. Outras imunidades 913
5. Repartição das receitas tributárias 915

CAPÍTULO 16

ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA 919
1. Introdução 919
2. Meios de atuação do Estado na área econômica 922

3. A ordem econômica e financeira na Constituição de 1988 923
3.1. Fundamentos e princípios gerais da atividade econômica 923
3.1.1. Fundamentos: livre iniciativa e valorização do trabalho humano 923
3.1.2. Princípios básicos da ordem econômica 924
3.1.2.1. Soberania nacional 925
3.1.2.2. Propriedade privada e sua função social 926
3.1.2.3. Livre concorrência 926
3.1.2.4. Defesa do consumidor 928
3.1.2.5. Defesa do meio ambiente 929
3.1.2.6. Redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego 931
3.1.3. Liberdade de exercício de atividades econômicas 932
3.2. Atuação do Estado como agente econômico em sentido estrito 933
3.3. Atuação do Estado como prestador de serviços públicos 938
3.4. Atuação do Estado como agente econômico, em regime de monopólio 941
3.5. Atuação do Estado como agente regulador 943
3.6. Exploração de recursos minerais e potenciais de energia hidráulica 946
3.7. Política urbana 947
3.8. Política agrícola e fundiária, e reforma agrária 949
3.9. Sistema Financeiro Nacional 952

CAPÍTULO 17

ORDEM SOCIAL 955
1. Seguridade social 955
1.1. Saúde (arts. 196 a 200) 958
1.2. Previdência social (arts. 201 e 202) 960
1.2.1. Regras para aposentadoria 962
1.2.2. Regra de transição de aposentadoria voluntária integral 962
1.2.3. Regra de transição de aposentadoria voluntária proporcional 963
1.2.4. Regra de transição para professor 963
1.2.5. Regime de previdência privada complementar 964
1.3. Assistência social (arts. 203 e 204) 965
2. Educação (arts. 205 a 214) 966

2.1. Princípios constitucionais do ensino 966
2.2. Autonomia das universidades 966
2.3. Deveres do Estado em relação ao ensino 967
2.4. Participação da iniciativa privada 967
2.5. Fixação de conteúdo 968
2.6. Organização dos sistemas de ensino 968
2.7. Aplicação de recursos na educação 968
2.8. Plano nacional de educação 970
3. Cultura (arts. 215 e 216) 970
4. Desporto (art. 217) 971
5. Ciência e tecnologia (arts. 218 e 219) 972
6. Comunicação social (arts. 220 a 224) 973
6.1. Comunicação social e liberdade de informação 973
6.2. Regras acerca dos meios de comunicação e programação ... 974
6.3. Participação do capital estrangeiro 975
6.4. Controle do Legislativo e delegação 975
7. Meio ambiente (art. 225) 976
8. Proteção à família, à criança, ao adolescente e ao idoso 977
9. índios 981

BIBLIOGRAFIA 983

Capítulo 1

DIREITO CONSTITUCIONAL E CONSTITUIÇÃO

1. ORIGEM E CONTEÚDO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Podemos conceituar **Estado,** de forma genérica e simplificada, como a organização de um povo sobre um território determinado, dotada de soberania. Nessa definição estão os elementos tradicionalmente descritos como necessários à existência de um Estado: a **soberania,** o **povo** e o **território.** Os estudiosos da Teoria do Estado acrescentaram, ulteriormente, a **finalidade** como elemento integrante da noção de Estado, ou seja, a organização soberana de um povo em um território deve ser orientada ao atingimento de um conjunto de finalidades.

Todo Estado, conforme acima conceituado, tem uma Constituição, em um sentido amplo. Nessa acepção ampla, ou sociológica, a Constituição é simplesmente a forma de organização do Estado. Trata-se de um conceito fático de Constituição, que independe da existência de um texto escrito, ou mesmo de normas, escritas ou não, referentes a essa organização; usualmente é empregada, para descrevê-lo, a expressão "Constituição material do Estado".

Conquanto, no sentido abordado no parágrafo anterior, todos os Estados tenham Constituição, o estudo sistemático e racional do fenômeno constitucional somente se desenvolve a partir do surgimento das primeiras Constituições escritas, elaboradas para desempenhar o papel de lei fundamental do Estado. Denomina-se **constitucionalismo** o movimento político, jurídico e ideológico que concebeu ou aperfeiçoou a idéia de estruturação racional do Estado e de limitação do exercício de seu poder, concretizada pela elaboração de um documento escrito destinado a representar sua lei fundamental e suprema.

Para efeito de estudo, identifica-se a origem do constitucionalismo com a Constituição dos Estados Unidos, de 1787, e a Constituição da França, de 1791. Ambas são Constituições escritas e rígidas, inspiradas nos ideais de racionalidade do Iluminismo do século XVIII e, sobretudo, na valorização da liberdade formal *{laissez faire)* e do individualismo, marcas nucleares do Liberalismo, corrente de pensamento hegemônica nos campos político, jurídico e econômico dos séculos XVIII, XIX, e primeiro quartel do século XX.

O conteúdo dessas primeiras Constituições escritas e rígidas, de orientação liberal, resumia-se ao estabelecimento de regras acerca da organização do Estado, do exercício e transmissão do poder e à limitação do poder do Estado, assegurada pela enumeração de direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

A expressão **Direito Constitucional** - explicitando que a organização estatal é, sobretudo, uma ordem jurídica - nasce com o constitucionalismo. Em sua origem, o Direito Constitucional refere-se, tão-somente, à ordem jurídica fundamental do Estado liberal. Portanto, o Direito Constitucional nasceu impregnado dos valores do pensamento liberal.

Com o seu desenvolvimento, em um período seguinte, o Direito Constitucional, aos poucos, foi se desvinculando dos ideais puramente liberais. A Constituição assume uma nova feição, de norma jurídica e formal, protetora dos direitos humanos.

Em decorrência dessa evolução de pensamento, a Constituição deixou de retratar exclusivamente uma certa forma de organização política - a do Estado liberal, com sua ideologia - e passou a representar o espelho de toda e qualquer forma de organização política. O conteúdo do Direito Constitucional desatou-se de considerações doutrinárias ou ideológicas, passando a tratar das "regras fundamentais de estruturação, funcionamento e organização do poder, não importa o regime político nem a forma de distribuição da competência aos poderes estabelecidos" (Paulo Bonavides).

Modernamente, as pressões, as exigências e os conflitos sociais têm forçado o constitucionalismo puramente jurídico a ceder lugar ao constitucionalismo político, democrático e social. Assim, o Direito Constitucional atual, a par de assegurar as conquistas liberais, apresenta marcada feição política e forte conteúdo democrático e social.

Importante destacar que, em todas as fases de sua evolução, o constitucionalismo não perdeu o seu traço marcante, que é **a limitação, pelo Direito, da ingerência do Estado (Governo) na esfera privada.** Essa sempre foi - em todas as suas fases - a característica essencial do movimento constitucionalista.

O Direito Constitucional é um ramo do **direito público,** fundamental à organização, ao funcionamento e à configuração política do Estado. Nesse papel, de direito público fundamental - feliz expressão de José Afonso da

Silva -, o Direito Constitucional estabelece a estrutura do Estado, a organização de suas instituições e órgãos, o modo de aquisição e exercício do poder, bem como a limitação desse poder, por meio, especialmente, da previsão dos direitos e garantias fundamentais.

Afirma-se que o Direito Constitucional é muito mais do que apenas um ramo do direito público. Ele consubstancia a matriz de toda a ordem jurídica de um específico Estado. Figurativamente, o Direito Constitucional é representado como o tronco do qual derivam todos os demais ramos da grande árvore que é a ordem jurídica de determinado Estado (essa imagem tem o mérito de representar a unidade do Direito - por definição, indivisível -, consubstanciada na árvore, e esclarecer que a alusão a "ramos" tem função puramente didática).

1.1. Objeto do Direito Constitucional quanto ao foco de investigação

O Direito Constitucional, em sentido amplo, subdivide-se, conforme o foco principal de suas investigações e os métodos de que se vale para levá-las a cabo, em Direito Constitucional especial, Direito Constitucional comparado e Direito Constitucional geral.

O **Direito Constitucional especial** (particular, positivo ou interno) tem por objetivo o estudo de uma Constituição específica vigente em um Estado determinado. Sua orientação, portanto, é tipicamente dogmática: ocupa-se do direito positivo, procedendo à análise, interpretação, sistematização e crítica das regras e princípios integrantes ou defluentes de uma certa Constituição, nacional ou estrangeira (estudo do vigente Direito Constitucional brasileiro; ou do vigente Direito Constitucional italiano; ou do vigente Direito Constitucional argentino etc).

O **Direito Constitucional comparado** tem por fim o estudo comparativo de uma pluralidade de Constituições, destacando os contrastes e as semelhanças entre elas. Trata-se de um método descritivo, baseado no cotejo de diferentes textos constitucionais (a rigor, não é propriamente uma ciência).

No confronto dos textos constitucionais, o Direito Constitucional comparado pode adotar: (a) o critério temporal; (b) o critério espacial; e (c) o critério da mesma forma de Estado.

Pelo **critério temporal,** ou comparação vertical, confrontam-se no tempo as Constituições de um mesmo Estado, observando-se as semelhanças e diferenças entre as instituições que o direito positivo haja conhecido em épocas distintas da evolução constitucional daquele Estado. Trata-se, assim, do estudo das normas jurídicas positivadas nos textos das Constituições de um mesmo Estado em diferentes momentos histórico-temporais. Seria o caso,

por exemplo, do estudo comparativo das diferentes Constituições brasileiras, da Constituição do Império à Constituição Federal de 1988.

Pelo **critério espacial,** ou comparação horizontal, comparam-se, no espaço, diferentes Constituições vigentes, isto é, confrontam-se Constituições de diferentes Estados, preferencialmente, de áreas geográficas contíguas. Seria o caso, por exemplo, do confronto da Constituição do Brasil com as Constituições dos demais países integrantes da América Latina; ou do estudo comparativo dos textos constitucionais dos países que integram o Mercado Comum do Sul - MERCOSUL; ou do estudo comparativo das Constituições dos países que integram a União Européia etc. Dentre os três critérios, esse é o mais utilizado.

Pelo critério da mesma forma de Estado, confrontam-se Constituições de países que adotam a mesma forma de Estado, as mesmas regras de organização. Seria o caso, por exemplo, do estudo comparativo das Constituições de alguns países que adotam a forma Federativa de Estado.

O **Direito Constitucional geral** (ou comum) tem por fim delinear, sistematizar e dar unidade aos princípios, conceitos e instituições que se acham presentes em vários ordenamentos constitucionais. Sua função é, portanto, a elaboração de uma teoria geral de caráter científico (ciência teórica, não meramente dogmática ou descritiva).

Cabe ao Direito Constitucional geral ou comum definir as bases da denominada teoria geral do Direito Constitucional, tais como: conceito de Direito Constitucional; fontes do Direito Constitucional; conceito de Constituição; classificação das Constituições; conceito de poder constituinte; métodos de interpretação da Constituição etc.

É importante destacar que o Direito Constitucional especial, o Direito Constitucional comparado e o Direito Constitucional geral estão em constante convívio, em permanente interconexão. Assim, o Direito Constitucional comparado, ao realizar o confronto de diferentes textos constitucionais, contribui para o aperfeiçoamento do Direito Constitucional especial de determinado país, bem assim para o enriquecimento teórico do Direito Constitucional geral. O Direito Constitucional geral, partindo do estudo comparativo realizado pelo Direito Constitucional comparado, contribui para a formação do Direito Constitucional especial de cada país, e assim por diante.

2. CONSTITUIÇÃO: NOÇÕES INICIAIS, OBJETO E EVOLUÇÃO

A Constituição, objeto de estudo do Direito Constitucional, deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que rege a sua organização político-jurídica.

As normas de uma Constituição devem dispor acerca da forma do Estado, dos órgãos que integram a sua estrutura, das competências desses órgãos, da aquisição do poder e de seu exercício. Além disso, devem estabelecer as limitações ao poder do Estado, especialmente mediante a separação dos poderes (sistema de freios e contrapesos) e a enumeração de direitos e garantias fundamentais.

O constitucionalista J. J. Gomes Canotilho, com base nos pontos essenciais da concepção político-liberal de Constituição, cunhou a expressão "Constituição ideal", reiteradamente citada pelos autores pátrios. Os elementos caracterizadores desse conceito de "Constituição ideal", de inspiração liberal, são os seguintes:

a) a Constituição deve ser escrita;

b) deve conter uma enumeração de direitos fundamentais individuais (direitos de liberdade);

c) deve adotar um sistema democrático formal (participação do "povo" na elaboração dos atos legislativos, pelos parlamentos);

d) deve assegurar a limitação do poder do Estado mediante o princípio da divisão de poderes.

O alargamento do âmbito de ação do Estado - o Estado atual possui atribuições jamais cogitadas pelo Liberalismo clássico - tem levado a um considerável aumento da importância do Direito Constitucional nos estudos jurídicos, bem como à tendência de ampliação de seu conteúdo material.

Conforme antes referido, as normas de uma Constituição, no Estado liberal, deviam restringir-se a determinar a estrutura do Estado, o modo de exercício e transmissão do poder e a reconhecer direitos fundamentais de liberdade aos indivíduos.

No Estado moderno, de cunho marcadamente social, a doutrina constitucionalista aponta o fenômeno da expansão do objeto das Constituições, que têm passado a tratar de temas cada vez mais amplos, estabelecendo, por exemplo, finalidades para a ação estatal. Isso explica a tendência contemporânea de elaboração de Constituições de conteúdo extenso (Constituições analíticas ou prolixas) e preocupadas com os fins estatais, com o estabelecimento de programas e linhas de direção para o futuro (Constituições dirigentes ou programáticas).

2.1. Constituição em sentido sociológico, político e jurídico

O Direito Constitucional não se desenvolve isolado de outras ciências de base social, tais como a Política, a Sociologia, a Filosofia.

Em maior ou menor grau, essas ciências possuem laços de interconexão, o que permite sejam construídas diferentes concepções para o termo **Constituição,** como norma básica de um Estado, a saber: Constituição em sentido sociológico, Constituição em sentido político e Constituição em sentido jurídico.

Na **visão sociológica,** a Constituição é concebida como fato social, e não propriamente como norma. O texto positivo da Constituição seria resultado da realidade social do País, das forças sociais que imperam na sociedade, em determinada conjuntura histórica. Caberia à Constituição escrita, tão-somente, reunir e sistematizar esses valores sociais num documento formal, documento este que só teria eficácia se correspondesse aos valores presentes na sociedade.

Representante típico da visão sociológica de Constituição foi Ferdinand Lassalle, segundo o qual a Constituição de um país é, em essência, a **soma dos fatores reais de poder** que nele atuam, vale dizer, as forças reais que mandam no país. Para Lassalle, constituem os fatores reais do poder as forças que atuam, política e legitimamente, para conservar as instituições jurídicas vigentes. Dentre essas forças, ele destacava a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros e, com específicas conotações, a pequena burguesia e a classe operária.

Segundo Lassalle, convivem em um país, paralelamente, duas Constituições: uma Constituição real, efetiva, que corresponde à soma dos fatores reais de poder que regem esse País, e uma Constituição escrita, por ele denominada "folha de papel". Esta, a Constituição escrita ("folha de papel"), só teria validade se correspondesse à Constituição real, isto é, se tivesse suas raízes nos fatores reais de poder. Em caso de conflito entre a Constituição real (soma dos fatores reais de poder) e a Constituição escrita ("folha de papel"), esta sempre sucumbiria àquela.

Para explicar sua visão sociológica, Lassalle expunha, entre outras, a seguinte passagem:

> Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: 'Esta árvore é uma figueira'. Bastará esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desse frutos, estes destruiriam a fábula, produzindo maçãs, e não figos. O mesmo ocorre com as Constituições. De nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justificar pelos fatores reais e efetivos do poder.

É também sociológica a concepção marxista de Constituição, para a qual a Constituição não passaria de um produto das relações de produção e visaria a assegurar os interesses da classe dominante. Para Karl Marx, a Constituição, norma fundamental da organização estatal, seria um mero instrumento nas mãos da classe dominante, com o fim de assegurar a manutenção de seus interesses, dentro de um dado tipo de relações de produção.

A **concepção política** de Constituição foi desenvolvida por Carl Schmitt, para o qual a Constituição é uma **decisão política fundamental.**

Para Schmitt, a validade de uma Constituição não se apoia na justiça de suas normas, mas na decisão política que lhe dá existência. O poder constituinte eqüivale, assim, à vontade política, cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre modo e forma da própria existência política, determinando assim a existência da unidade política como um todo.

A Constituição surge, portanto, a partir de um ato constituinte, fruto de uma vontade política fundamental de produzir uma decisão eficaz sobre modo e forma de existência política de um Estado.

Nessa concepção política, Schmitt estabeleceu uma distinção entre **Constituição** e **leis constitucionais:** a Constituição disporia somente sobre as matérias de grande relevância jurídica, sobre as decisões políticas fundamentais (organização do Estado, princípio democrático e direitos fundamentais, entre outras); as demais normas integrantes do texto da Constituição seriam, tão-somente, leis constitucionais.

Em **sentido jurídico,** a Constituição é compreendida de uma perspectiva estritamente formal, apresentando-se como pura norma jurídica, como norma fundamental do Estado e da vida jurídica de um país, paradigma de validade de todo o ordenamento jurídico e instituidora da estrutura primacial desse Estado. A Constituição consiste, pois, num sistema de normas jurídicas.

O pensador mais associado à visão jurídica de Constituição é o austríaco Hans Kelsen, que desenvolveu a denominada **Teoria Pura do Direito.**

Para Kelsen, a Constituição é considerada como norma, e norma pura, como puro dever-ser, sem qualquer consideração de cunho sociológico, político ou filosófico. Embora reconheça a relevância dos fatores sociais numa dada sociedade, Kelsen sempre defendeu que seu estudo não compete ao jurista como tal, mas ao sociólogo e ao filósofo.

Segundo a visão de Hans Kelsen, a validade de uma norma jurídica positivada é completamente independente de sua aceitação pelo sistema de valores sociais vigentes em uma comunidade, tampouco guarda relação com a ordem moral, pelo que não existiria a obrigatoriedade de o Direito coadunar-se aos ditames desta (moral). A ciência do Direito não tem a função

de promover a legitimação do ordenamento jurídico com base nos valores sociais existentes, devendo unicamente conhecê-lo e descrevê-lo de forma genérica, hipotética e abstrata.

Esta era a essência de sua teoria pura do direito: desvincular a ciência jurídica de valores morais, políticos, sociais ou filosóficos.

Kelsen desenvolveu dois sentidos para a palavra Constituição: (a) sentido **lógico-jurídico;** (b) sentido **jurídico-positivo.**

Em sentido **lógico-jurídico,** Constituição significa a norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição em sentido jurídico-positivo.

Essa idéia de uma norma fundamental hipotética, não positivada, pressuposta, era necessária ao sistema propugnado por Kelsen, porque ele não admitia como fundamento da Constituição positiva algum elemento real, de índole sociológica, política ou filosófica. Assim, Kelsen viu-se forçado a desenvolver um fundamento também meramente formal, normativo, para a Constituição positiva. Denominou esse fundamento "norma fundamental hipotética" (pensada, pressuposta), que existiria, segundo ele, apenas como pressuposto lógico de validade das normas constitucionais positivas. Essa norma fundamental hipotética, fundamento da Constituição positiva, não possui um enunciado explícito; o seu conteúdo pode traduzir-se, em linhas gerais, no seguinte comando, a todos dirigidos: "conduzam-se conforme determinado pelo autor da Constituição positiva"; ou, de forma mais simples, "obedeçam à Constituição positiva".

Para Kelsen, a norma jurídica não deriva da realidade social, política ou filosófica. O fundamento de validade das normas não está na realidade social do Estado, mas sim na relação de hierarquia existente entre elas. Uma norma inferior tem fundamento na norma superior, e esta tem fundamento na Constituição positiva. Esta, por sua vez, se apoia na norma fundamental hipotética, que não é uma norma positiva (posta), mas uma norma imaginada, pressuposta, pensada.

Em sentido **jurídico-positivo,** Constituição corresponde à norma positiva suprema, conjunto de normas que regulam a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau. Ou, ainda, corresponde a certo documento solene que contém um conjunto de normas jurídicas que somente podem ser alteradas observando-se certas prescrições especiais.

Dessas concepções de Constituição, a relevante para o Direito moderno é a jurídico-positiva, a partir da qual a Constituição é vista como norma fundamental, criadora da estrutura básica do Estado e parâmetro de validade de todas as demais normas.

Sentido Sociológico	Sentido Político	Sentido Jurídico
A Constituição é a **soma dos fatores reais de poder que regem uma nação** (poder econômico, militar, político, religioso etc), de forma que a Constituição escrita só terá eficácia, isto é, só determinará efetivamente as interrelações sociais dentro de um Estado quando for construída em conformidade com tais fatores; do contrário, terá efeito meramente retórico ("folha de papel").	A Constituição é **uma decisão política fundamental** sobre a definição do perfil primordial do Estado, que teria por objeto, principalmente, a forma e o regime de governo, a forma de Estado e a matriz ideológica da nação; as normas constantes do documento constitucional que não derivem da decisão política fundamental não são "Constituição", mas, tão-somente, "leis constitucionais"	A Constituição é compreendida de uma perspectiva **estritamente formal,** consistindo na norma fundamental de um Estado, paradigma de validade de todo o ordenamento jurídico e instituidora da estrutura primacial do Estado; a Constituição é considerada como norma pura, como puro dever-ser, sem qualquer consideração de cunho sociológico, político ou filosófico.

2.2. Constituição em sentido material e formal

Na concepção política de Constituição, de Carl Schmitt, aparece o esboço da idéia de existência, em um mesmo documento escrito, de normas de conteúdo propriamente constitucional - as normas postas em razão da "decisão política fundamental" - e outras normas de conteúdo diverso, não fundamentais, as quais foram chamadas meras "leis constitucionais".

A evolução dessa noção dá surgimento à consagrada distinção doutrinária entre Constituição em sentido material[1] e em sentido formal.

Constituição em sentido material (ou substancial) é o conjunto de normas cujo conteúdo seja considerado propriamente constitucional, isto é, essencial à estruturação do Estado, à regulação do exercício do poder e ao reconhecimento de direitos fundamentais aos indivíduos. Consoante ensina Paulo Bonavides, "do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais".

Segundo esse conceito, há matérias que são constitucionais em razão de seu conteúdo, e as normas que delas tratam - não importa se escritas ou consuetudinárias, se integrantes de um único documento escrito de forma unitária ou de textos esparsos surgidos em momentos diversos - ostentam a natureza de normas constitucionais (normas *materialmente constitucionais).*

Não se está referindo, aqui, ao conceito fático, sociológico, de "Constituição material do Estado", entendido como o conjunto de fatores reais que integram e que determinam a organização peculiar de uma determinada comunidade política. A expressão "Constituição em sentido material", neste tópico, refere-se a normas constitucionais, que podem ser escritas ou não, mas são normas, não elementos fáticos.

O conceito formal de Constituição diz respeito à existência, em um determinado Estado, de um documento único, escrito por um órgão soberano instituído com essa específica finalidade, que contém, **entre outras,** as normas de organização política da comunidade e, sobretudo, que só pode ser alterado mediante um procedimento legislativo mais árduo, e com muito maiores restrições, do que o necessário à aprovação das normas não constitucionais pelos órgãos legislativos constituídos.

Nesse documento poderá haver normas de qualquer conteúdo. É evidente que as normas fundamentais concernentes à estruturação e ao funcionamento dos poderes estatais, bem como aos direitos fundamentais dos cidadãos, deverão constar dessa Constituição escrita. Entretanto, inúmeras outras disposições, tratando virtualmente de qualquer matéria que o constituinte entenda por bem alçar ao *status* constitucional, poderão figurar no texto da Constituição formal.

Essas disposições terão hierarquia idêntica à daquelas outras que, na mesma Constituição escrita, veiculam normas tidas como materialmente constitucionais. A hierarquia das normas constitucionais, em uma Constituição em sentido formal, é determinada simplesmente pelo fato de as disposições que as veiculam constarem do texto da Constituição escrita do Estado; não existe absolutamente nenhuma distinção formal entre as disposições constantes do texto constitucional, sejam quais forem os seus conteúdos.

De outra parte, em um Estado dotado de Constituição escrita e rígida (que exige um procedimento especialmente árduo para sua modificação), qualquer disposição que não esteja no texto da Constituição, ainda que veicule normas cujo conteúdo seja tido por materialmente constitucional, poderá ser livremente alterada pelo legislador constituído mediante os mesmos procedimentos necessários à edição e alteração de toda a legislação não constitucional. Não existe, por exemplo, absolutamente nenhuma diferença formal entre as leis ordinárias no Brasil, seja qual for a matéria de que tratem.

Como se pode notar, somente faz sentido falar em Constituição em sentido formal nos Estados dotados de Constituição escrita e rígida.

Finalizando este tópico, procuramos esboçar, com escopo puramente didático, um conceito básico de Constituição, reunindo elementos integrantes das acepções material e formal de Constituição. Podemos definir as Constituições atuais como: o conjunto de normas, reunidas ou não em um texto escrito, que estabelecem a estrutura básica das instâncias de poder do Estado, regulam o exercício e a transmissão desse poder, enumeram os direitos fundamentais das pessoas e os fins da atuação estatal; no caso das Constituições escritas, a par das normas que expressam esses conteúdos fundamentais, pode haver outras - defluentes de disposições inseridas em seu corpo por conveniências

políticas do constituinte - tratando das mais diversas matérias, fato que não lhes retira o caráter de normas constitucionais, nem as torna inferiores hierarquicamente a qualquer outra norma da Constituição.

3. CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

Algumas Constituições possuem texto extenso, dispondo sobre as mais diversas matérias. Outras apresentam texto reduzido, versando, tão-somente, sobre matérias substancialmente constitucionais, relacionadas com a organização básica do Estado. Algumas permitem a modificação do seu texto por meio de processo legislativo simples, idêntico ao de modificação das demais leis, enquanto outras só podem ser alteradas por processo legislativo mais dificultoso, solene. A depender dessas e de outras características, recebem da doutrina distintas classificações, conforme exposto nos itens seguintes.

3.1. Quanto à origem

Quanto à origem, as Constituições podem ser outorgadas, populares ou cesaristas.

As Constituições outorgadas são impostas, isto é, nascem sem participação popular. São resultado de um ato unilateral de vontade da pessoa ou do grupo detentor do poder político, que resolve estabelecer, por meio da outorga de um texto constitucional, certas limitações ao seu próprio poder.

As Constituições democráticas (populares ou promulgadas) são produzidas com a participação popular, em regime de democracia direta (plebiscito ou referendo), ou de democracia representativa, neste caso, mediante a escolha, pelo povo, de representantes que integrarão uma "assembléia constituinte" incumbida de elaborar a Constituição.

As Constituições cesaristas são outorgadas, mas dependem de ratificação popular por meio de referendo. Deve-se observar que, nesse caso, a participação popular não é democrática, pois cabe ao povo somente referendar a vontade do agente revolucionário, detentor do poder.

Na história do constitucionalismo brasileiro, tivemos Constituições democráticas (1891, 1934, 1946 e 1988) e Constituições outorgadas (1824, 1937, 1967 e 1969).

O Professor Paulo Bonavides refere-se, também, à existência das denominadas Constituições pactuadas (ou dualistas), que se originam de um compromisso firmado entre o rei e o Poder Legislativo, pelo qual se sujeita o monarca aos esquemas constitucionais (monarquia limitada). Nesse regi-

me de Constituição, o poder constituinte originário está dividido entre dois titulares; por essa razão, o texto constitucional resulta de dois princípios: o monárquico e o democrático.

3.2. Quanto à forma

Quanto à forma, as Constituições podem ser escritas ou não-escritas.

Constituição escrita é o conjunto de normas codificado e sistematizado em um único documento, para fixar a organização fundamental do Estado (Alexandre de Moraes). A Constituição escrita é elaborada num determinado momento, por um órgão que tenha recebido a incumbência para essa tarefa, sendo formalizada em um documento escrito e único. É também denominada Constituição instrumental (J. J. Gomes Canotilho).

Nas Constituições não-escritas (costumeiras ou consuetudinárias), as normas constitucionais não são solenemente elaboradas, em um determinado e específico momento, por um órgão especialmente encarregado dessa tarefa, tampouco estão codificadas em um documento único. Tais normas encontram-se em leis esparsas, costumes, jurisprudência e convenções. Exemplo é a Constituição inglesa, país em que parte das normas sobre organização do Estado é consuetudinária.

Anote-se que, tanto nos Estados que adotam Constituição escrita quanto nos Estados que adotam Constituição não-escrita existem documentos escritos que contêm normas constitucionais. Na Inglaterra, parte das normas constitucionais está em documentos escritos: leis esparsas, convenções e jurisprudência. A distinção essencial é que, nos países de Constituição escrita, as normas constitucionais são elaboradas em um dado momento, por um órgão especificamente encarregado desse mister, que as codifica em um documento único. Diversamente, nos Estados de Constituição não-escrita, as normas constitucionais, quando escritas, estão cristalizadas em leis e outras espécies normativas esparsas, que surgiram ao longo do tempo e, dada a sua dignidade, adquiriram *status* constitucional.

3.3. Quanto ao modo de elaboração

Quanto ao modo de elaboração, as Constituições podem ser dogmáticas ou históricas.

As Constituições dogmáticas, sempre escritas, são elaboradas em um dado momento, por um órgão constituinte, segundo os dogmas ou idéias fundamentais da teoria política e do Direito então imperantes. Poderão ser ortodoxas ou simples (fundadas em uma só ideologia) ou ecléticas ou com-

promissórias (formadas pela síntese de diferentes ideologias, que se conciliam no texto constitucional).

As Constituições históricas (ou costumeiras), não-escritas, resultam da lenta formação histórica, do lento evoluir das tradições, dos fatos sócio-políticos, representando uma síntese histórica dos valores consolidados pela própria sociedade, como é o caso da Constituição inglesa.

A Constituição brasileira de 1988 é tipicamente dogmática, porquanto foi elaborada por um órgão constituinte em um instante determinado, segundo as idéias então reinantes. Ademais, é uma Constituição eclética. O fato de ter sido elaborada em um período em que o Estado brasileiro deixava a triste realidade de um regime de exceção, de aniquilamento dos direitos individuais, fez com que, entre outros aspectos, resultasse ela em um documento extenso, analítico, muitas vezes prolixo.

As Constituições dogmáticas são necessariamente escritas, elaboradas por um órgão constituinte, ao passo que as históricas são do tipo não-escritas.

As Constituições dogmáticas tendem a ser menos estáveis, porque espelham as idéias em voga em um momento específico. Dessarte, com o passar do tempo e com a conseqüente evolução do pensamento da sociedade, surge a necessidade de constantes atualizações, por meio da alteração do seu texto. As Constituições históricas tendem a apresentar maior estabilidade, pois resultam do lento amadurecimento e da consolidação de valores da própria sociedade.

3.4. Quanto ao conteúdo

Quanto ao conteúdo, temos Constituição material (ou substancial) e Constituição formal.

Na concepção material de Constituição, consideram-se constitucionais somente as normas que cuidam de assuntos essenciais à organização e ao funcionamento do Estado e estabelecem os direitos fundamentais (matérias substancialmente constitucionais). Leva-se em conta, para a identificação de uma norma constitucional, o seu **conteúdo.** Não importa o processo de elaboração ou a natureza do documento que a contém; ela pode, ou não, estar vazada em uma Constituição escrita.

Nessa visão, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição das competências, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais; tudo quanto for, enfim, conteúdo essencial referente à estruturação e ao funcionamento da ordem político-jurídica exprime o aspecto material (ou substancial) de uma Constituição.

Na concepção formal de Constituição, são constitucionais todas as normas que integram uma Constituição escrita, elaborada por um processo especial (rígida), independentemente do seu conteúdo. Nessa visão, leva-se em conta, exclusivamente, o **processo de elaboração** da norma: todas as normas integrantes de uma Constituição escrita, solenemente elaborada, serão constitucionais. Não importa, em absoluto, o conteúdo da norma.

Dessa forma, em uma Constituição escrita e rígida é possível encontrarmos dois tipos de normas: (i) normas formal e materialmente constitucionais e (ii) normas apenas formalmente constitucionais.

As normas formal e materialmente constitucionais são aquelas que, além de integrarem o texto da Constituição escrita, possuem conteúdo substancialmente constitucional. É o caso, por exemplo, do art. 5.° da Constituição Federal de 1988: as normas nele contidas são formalmente constitucionais porque estão inseridas no texto da Constituição escrita e rígida; também são normas materialmente constitucionais, porque tratam de direitos fundamentais, assunto essencial no que concerne à atuação do Estado.

As normas apenas formalmente constitucionais são aquelas que integram o texto da Constituição escrita, mas tratam de matérias sem relevância para o estabelecimento da organização básica do Estado. É o caso, por exemplo, do art. 242, § 2.°, da Constituição Federal, que estabelece que o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.

A Constituição Federal de 1988 é do tipo formal, porque foi solenemente elaborada, por um órgão especialmente incumbido desse mister, e somente pode ser modificada por um processo especial, distinto daquele exigido para a elaboração ou alteração das demais leis (rígida). Não é correto afirmar que a Constituição Federal de 1988 seja parte formal e parte material. A Constituição, no seu todo, é do tipo formal. Entretanto, nem todas as normas que a compõem são materialmente constitucionais; conforme já explicado, algumas são, apenas, formalmente constitucionais.

Observe-se que uma mesma norma pode ser enxergada sob as duas óticas, formal e material. Assim, sob a ótica formal, o § 2.° do art. 242 da Constituição, acima mencionado, é norma indiscutivelmente constitucional, já que inserida numa Constituição do tipo rígida. Já para a concepção material, esse dispositivo, embora integrante do texto de uma Constituição escrita e rígida, não seria constitucional, porque trata de matéria que nada tem a ver com organização do Estado. O mesmo se dá com as leis eleitorais (ordinárias) do nosso País. Sob a ótica formal, não são elas normas constitucionais, porque não integram o texto da Constituição escrita e rígida. Ao contrário, para a concepção material de Constituição, são normas substancialmente constitucionais, uma vez que tratam de matéria relativa a elemento essencial de organização do Estado (forma de aquisição do Poder).

Segundo a concepção material, todos os Estados possuem Constituição. De fato, para se falar em Estado, é necessário pressupor uma organização política básica no respectivo território, a existência de instituições relacionadas ao exercício do poder, rudimentares que sejam. Essa organização básica, formalizada ou não em um documento escrito, na concepção material, será a Constituição do Estado. Nem sempre, porém, haverá uma Constituição em sentido formal. Isso porque nem todos os Estados possuem uma Constituição solenemente elaborada, é dizer, um conjunto de regras constitucionais elaborado por um processo especial, distinto daquele de elaboração das demais leis do ordenamento. Então, quando se indaga se todo Estado possui Constituição, poderemos responder positivamente, se levarmos em conta a concepção material (ou substancial) de Constituição. Se, ao contrário, nos referirmos à Constituição em sentido formal, a resposta à mesma pergunta deverá ser negativa.

Também, pela concepção material, podem existir normas constitucionais fora do texto de uma Constituição escrita. Se a norma trata de matéria substancialmente constitucional, isto é, se o seu conteúdo diz respeito à organização essencial do Estado, ela será constitucional, independentemente do processo de sua elaboração, esteja ou não ela inserida em uma Constituição escrita. Ao contrário, sob o ponto de vista formal, só são normas constitucionais aquelas que integram o documento denominado Constituição escrita, solenemente elaborado, seja qual for o seu conteúdo.

No Brasil, que adota Constituição do tipo rígida, o conceito formal é o importante, porquanto tudo que consta da Constituição formal recebe o mesmo tratamento jurídico, consistente na sua supremacia sobre todo o ordenamento jurídico. Com efeito, essa distinção entre norma formalmente e materialmente constitucional, em um regime de Constituição escrita e rígida, não possui maior relevância jurídica. Nesse tipo de Constituição, todas as normas que integram o seu texto têm o mesmo valor, pouco importando sua dignidade, isto é, se são normas materialmente constitucionais ou, apenas, formalmente constitucionais. Todas as normas integrantes de uma Constituição formal, rígida, têm o mesmo valor, têm *status* constitucional e deverão ser respeitadas, independentemente da natureza do seu conteúdo.

Isso porque em um sistema de Constituição rígida, como o nosso, todo o processo de fiscalização da validade das leis leva em conta, tão-somente, a supremacia formal da Constituição. O controle de constitucionalidade das leis é realizado sob o enfoque estritamente formal. Se a norma integra o texto da Constituição rígida, seja qual for o seu conteúdo, será dotada de supremacia formal e, portanto, não poderá ser desobedecida pelo legislador infraconstitucional, sob pena de inconstitucionalidade.

Por outro lado, num regime de Constituição do tipo não-escrita, flexível, torna-se relevante a noção de norma materialmente (substancialmente)

constitucional. Nessa espécie de Constituição todas as leis (constitucionais e ordinárias) são elaboradas segundo o mesmo procedimento, pelo mesmo processo legislativo. Logo, se ambas são elaboradas pelo mesmo processo legislativo, não é possível fazer a distinção entre elas levando-se em conta esse processo de elaboração, que é idêntico. A distinção entre umas e outras - leis constitucionais e leis ordinárias - só é possível a partir da identificação do seu conteúdo (noção material de Constituição): serão constitucionais as leis que tiverem conteúdo substancialmente constitucional; as demais serão leis ordinárias.

Essa dualidade de visão - formal e material - traz à luz os conceitos de supremacia material e supremacia formal das normas constitucionais.

A supremacia formal decorre da rigidez constitucional, isto é, da existência de um processo legislativo distinto, mais laborioso, para elaboração da norma constitucional. Uma norma constitucional é dotada de supremacia formal pelo fato de ter sido elaborada mediante um processo legislativo especial, mais rígido, que a diferencia das demais leis do ordenamento.

A supremacia material decorre do conteúdo da norma constitucional. Uma norma constitucional é dotada de supremacia material em virtude da natureza do seu conteúdo, isto é, por tratar de matéria substancialmente constitucional, que diga respeito aos elementos estruturantes da organização do Estado.

Numa Constituição escrita e rígida, todas as normas constitucionais são dotadas de supremacia formal, visto que foram elaboradas segundo um procedimento mais solene do que aquele de elaboração das demais leis. Assim, em um sistema de Constituição formal, podemos afirmar que todas as normas constitucionais se eqüivalem em termos de hierarquia e, também, que todas elas são dotadas de supremacia formal em relação às demais leis do ordenamento.

Ao contrário, no caso de uma Constituição não-escrita, flexível, não se pode cogitar de supremacia formal, porque não há distinção entre os processos legislativos de elaboração das normas que integram o ordenamento jurídico. Em um sistema de Constituição não-escrita, flexível, as normas constitucionais são dotadas, tão-somente, de supremacia material (devido à dignidade de seu conteúdo).

Finalmente, vale ressaltar que não há um rol taxativo de normas consideradas materialmente constitucionais (cuja presença no texto da Constituição seria obrigatória), e, menos ainda, de normas que devessem ser tidas por apenas formalmente constitucionais (cuja presença no texto da Constituição seria desnecessária). Não há unanimidade doutrinária a respeito dessa separação. Há, é verdade, um mínimo de matérias que todos estão de acordo em reconhecer como substancialmente constitucionais, de que são exemplo as que regulam o exercício do poder, impondo limitações à atividade estatal

e reconhecendo direitos fundamentais às pessoas. No mais, tudo variará segundo o local, a época e a ideologia de quem se disponha a elaborar a listagem. Trata-se de conceitos abertos, dinâmicos, que aceitam - e acompanham - a evolução social do Estado, no tempo e no espaço. Assim, uma norma hoje considerada apenas formalmente constitucional poderá, amanhã, ser tida por substancialmente constitucional (variação no tempo); da mesma forma, uma norma constitucional considerada materialmente constitucional no Brasil poderá ser classificada como apenas formalmente constitucional na Itália, em razão dos valores e do tipo de organização política daquele Estado (variação no espaço).

O fato é que levar para o texto da Constituição demasiadas normas apenas formalmente constitucionais, que nada têm a ver com a estruturação do Estado, e que certamente melhor ficariam na legislação ordinária, prejudica a estabilidade da Constituição, pois as oscilações freqüentes nessas matérias irrelevantes terminam por forçar, continuadamente, a aprovação de reformas do texto constitucional.

3.5. Quanto à estabilidade

A classificação das Constituições quanto ao grau de estabilidade (ou alterabilidade) leva em conta a maior ou a menor facilidade para a modificação do seu texto, dividindo-as em imutáveis, rígidas, flexíveis ou semi-rígidas.

A Constituição imutável é aquela que não admite modificação do seu texto. Essa espécie de Constituição está em pleno desuso, em razão da impossibilidade de sua atualização diante da evolução política e social do Estado.

A Constituição é rígida quando exige um processo legislativo especial para modificação do seu texto, mais difícil do que o processo legislativo de elaboração das demais leis do ordenamento. A Constituição Federal de 1988 é do tipo rígida, pois exige um procedimento especial (votação em dois turnos, nas duas Casas do Congresso Nacional) e um *quorum* qualificado para aprovação de sua modificação (aprovação de, pelo menos, três quintos dos integrantes das Casas Legislativas), nos termos do art. 60, § 2.°, da Carta Política.

A Constituição flexível é aquela que permite sua modificação pelo mesmo processo legislativo de elaboração e alteração das demais leis do ordenamento, como ocorre na Inglaterra, em que as partes escritas de sua Constituição podem ser juridicamente alteradas pelo Parlamento com a mesma facilidade com que se altera a lei ordinária.

A Constituição semi-rígida é a que exige um processo legislativo mais difícil para alteração de parte de seus dispositivos e permite a mudança de outros dispositivos por um procedimento simples, semelhante àquele de elaboração das demais leis do ordenamento.

Na história do Constitucionalismo brasileiro, unicamente a Constituição do Império (1824) foi semi-rígida, pois exigia, no seu art. 178,[2] um processo especial para modificação de parte do seu texto (por ela considerado substancial), mas, ao mesmo tempo, permitia a modificação de outra parte mediante processo legislativo simples, igual ao de elaboração das demais leis. Todas as demais Constituições do Brasil foram do tipo rígida, inclusive a atual.

Cabe observar que nem toda Constituição escrita será, necessariamente, rígida, conquanto atualmente seja essa a regra. Conforme aponta a doutrina, já houve, na Itália, Constituição escrita e do tipo flexível, isto é, Constituição formalmente elaborada, num determinado momento, por um órgão especial (escrita), mas que permitia a modificação do seu texto pelo mesmo processo legislativo de elaboração das demais leis do ordenamento (flexível). Contudo, registre-se, a tendência moderna é de elaboração de Constituições do tipo escrita e rígida.

A rigidez não impede mudanças na Constituição. Não se admite, no Constitucionalismo moderno, a idéia da existência de Constituição absolutamente imutável, que não admita alterações no seu texto. A rigidez visa, tão-somente, a assegurar uma maior estabilidade ao texto constitucional, por meio da imposição de um processo mais árduo para sua modificação.

É importante esclarecer que não é correta a idéia de que quanto maior a rigidez assegurada à Constituição, maior será a sua estabilidade e permanência. O grau de rigidez deve ser suficiente para assegurar uma relativa estabilidade à Constituição, por meio da exigência de processo mais dificultoso para a modificação do seu texto, mas sem prejuízo da necessária atualização e adaptação das normas constitucionais às exigências da evolução e do bem-estar social. A rigidez deve, portanto, assegurar essas duas necessidades da Constituição: certa **estabilidade** e possibilidade de **atualização.** Apenas para ilustrar, suponhamos que a Constituição Federal de 1988 só pudesse ser emendada por meio da aprovação, em dois turnos de votação, de todos os membros das Casas do Congresso Nacional (isto é, por unanimidade dos congressistas). Ora, esse excessivo grau de rigidez provavelmente frustraria qualquer tentativa de modificação da nossa Constituição, impedindo a sua necessária atualização. Com isso, com o passar do tempo, a tendência seria sua transformação em uma Constituição meramente **nominativa,** sem correspondência com a realidade. Enfim, se é verdade que a rigidez é importante para a estabilidade de uma Constituição, também é certo que determinado grau de flexibilidade é indispensável para sua permanência, ao permitir a atualização do texto constitucional.

Estabelecia o citado art. 178: "É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivos dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas *(nos arts. 173 a 177),* pelas legislaturas ordinárias."

A rigidez tem como decorrência imediata o denominado princípio da supremacia formal da constituição. Consoante acima visto, a rigidez situa todas as normas constantes do texto da Constituição formal em uma posição de superioridade em relação às demais leis, posicionando a Constituição no ápice do ordenamento jurídico do Estado.

Assim, rigidez é o pressuposto para o surgimento e a efetivação do denominado controle de constitucionalidade das leis. Se a Constituição é do tipo rígida, ocupa o vértice do ordenamento jurídico e, então, há que se verificar quais leis desse ordenamento estão de acordo com as suas prescrições (e, portanto, são constitucionais) e quais leis estão em desacordo com os seus comandos (e, são, dessarte, inconstitucionais, devendo ser retiradas do ordenamento jurídico).

Diversamente, em um sistema de Constituição flexível - o da Inglaterra, por exemplo -, descabe cogitar de impugnação de inconstitucionalidade de uma norma frente a outra, pois o mesmo Parlamento elabora, segundo o mesmo processo legislativo, as leis constitucionais (assim consideradas em razão de seu conteúdo) e as demais leis. As decisões do Parlamento não poderão, portanto, ser impugnadas perante os tribunais do Poder Judiciário. Por isso, em um regime de Constituição flexível não se pode falar, propriamente, em controle de constitucionalidade das leis.

Empiricamente, constata-se que a rigidez não assegura, necessariamente, estabilidade à Constituição, nem a flexibilidade implica, necessariamente, instabilidade do ordenamento constitucional. A Constituição Federal de 1988 é do tipo rígida, mas pouco estável, haja vista a quantidade de alterações que, em pouco tempo, já sofreu, mediante algumas dezenas de emendas aprovadas pelo Congresso Nacional. Por outro lado, a Constituição inglesa, que é do tipo flexível, não-escrita, conserva intactos os mesmos princípios há séculos. Em verdade, a estabilidade da Constituição tem mais a ver com o amadurecimento da sociedade e das instituições do Estado do que propriamente com o processo legislativo de modificação do seu texto.

Por fim, deve-se ressaltar que a rigidez constitucional não decorre diretamente da existência de cláusulas pétreas, isto é, da presença de um núcleo insuscetível de abolição na Constituição.

Sabe-se que as cláusulas pétreas são determinadas matérias constitucionais que, por opção do legislador constituinte originário, são insuscetíveis de abolição por meio de modificação da Constituição, pela aprovação de futuras emendas constitucionais. A Constituição Federal de 1988 as estabelece no seu art. 60, § 4.°.

Conforme vimos, a rigidez (ou a flexibilidade) da Constituição decorre tão-somente do processo exigido para a modificação do seu texto. Uma Constituição poderá ser rígida e não possuir cláusulas pétreas (todos os seus

dispositivos poderão ser abolidos, desde que haja obediência ao procedimento especial, mais dificultoso, por ela estabelecido). Pode-se, diversamente, ter uma Constituição flexível que possua cláusulas pétreas (admite alteração de seus dispositivos por meio de processo legislativo simples, mas há um núcleo insuscetível de abolição).

Apesar de a existência de cláusulas pétreas não ter relação necessária com o conceito de rigidez constitucional, vale registrar que a presença desse núcleo não suprimível leva o Professor Alexandre de Moraes a classificar a Constituição Federal de 1988 como **super-rígida,** uma vez que "em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF, art. 60, § 4.° - cláusulas pétreas)".

3.6. Quanto à correspondência com a realidade

O constitucionalista alemão Karl Loewenstein desenvolveu uma classificação para as Constituições, levando em conta a correspondência existente entre o texto constitucional e a realidade política do respectivo Estado.

Para ele, as Constituições de alguns Estados conseguem, verdadeiramente, regular o processo político no Estado. Outras Constituições, apesar de elaboradas com esse mesmo intuito, não logram, de fato, normatizar a realidade política do Estado. Há, ainda, Constituições que sequer têm esse intuito, pois visam, tão-somente, à manutenção da vigente estrutura de poder.

A partir dessa constatação, podem as Constituições ser classificadas em três grupos: Constituições normativas, Constituições nominativas e Constituições semânticas.

As Constituições normativas são as que efetivamente conseguem, por estarem em plena consonância com a realidade social, regular a vida política do Estado. Em um regime de Constituição normativa, os agentes do poder e as relações políticas obedecem ao conteúdo, às diretrizes e às limitações impostos pelo texto constitucional.

As Constituições nominativas são aquelas que, embora tenham sido elaboradas com o intuito de regular a vida política do Estado, não conseguem efetivamente cumprir esse papel, por estarem em descompasso com a realidade social. As disposições constitucionais não conseguem efetivamente normatizar o processo real de poder no Estado.

As Constituições semânticas, desde sua elaboração, não têm o fim de regular a vida política do Estado, de orientar e limitar o exercício do poder. Objetivam, tão-somente, formalizar e manter o poder político vigente, conferir legitimidade formal ao grupo detentor do poder. Nas palavras de Karl Loewenstein, seria "uma constituição que não é mais que uma formalização da situação existente do poder político, em benefício único de seus detentores".

3.7. Quanto à extensão

No tocante à extensão, as Constituições são classificadas em analíticas e sintéticas.

Constituição analítica (larga, prolixa, extensa ou ampla) é aquela de conteúdo extenso, que versa sobre matérias outras que não a organização básica do Estado. Em regra, contém normas substancialmente constitucionais, normas apenas formalmente constitucionais e normas programáticas, que estabelecem fins, diretrizes e programas sociais para a atuação futura dos órgãos estatais.

Exemplo de Constituição analítica é a Constituição Federal de 1988, que, nos seus mais de trezentos artigos (entre disposições permanentes e transitórias), exagera no regramento detalhado de determinadas matérias, não substancialmente constitucionais, que nada têm a ver com a organização política do Estado.

Constituição sintética (concisa, breve, sumária ou sucinta) é aquela que possui conteúdo abreviado, e que versa, tão-somente, sobre a organização básica do Estado e o estabelecimento de direitos fundamentais, isto é, sobre matérias substancialmente constitucionais, deixando a pormenorização à legislação infraconstitucional. É o caso, por exemplo, da Constituição dos Estados Unidos da América, composta de apenas sete artigos originais e vinte e sete emendas.

A tendência contemporânea é de adoção, pelos diferentes Estados, de Constituição do tipo analítica, de conteúdo extenso, muito embora esse tipo de Constituição tenda a ser menos estável, em virtude da exigência de seguidas modificações do seu texto.

Essa tendência moderna de elaboração de constituições analíticas é decorrência, sobretudo, de dois fatores:

a) intenção do constituinte de conferir maior estabilidade a certas matérias, levando-as para o texto da Constituição, no intuito de limitar a discricionariedade do Estado sobre elas; e

b) objetivo de assegurar maior proteção social aos indivíduos (a partir do surgimento do Estado social, as constituições passaram a ter conteúdo extenso, de cunho social e programático, estabelecendo não só as bases de organização do Estado, mas, também, fixando programas e diretrizes de política social para a concretização futura pelos órgãos estatais).

3.8. Quanto à finalidade

Uma classificação moderna, de grande relevância, é a que distingue as Constituições em Constituição-garantia, Constituição-balanço e Constituição dirigente, no tocante a suas finalidades.

Constituição-garantia, de texto reduzido (sintética), é Constituição negativa, construtora de liberdade-negativa ou liberdade-impedimento, oposta à autoridade (José Afonso da Silva). É Constituição que tem como precípua preocupação a limitação dos poderes estatais, isto é, a imposição de limites à ingerência do Estado na esfera individual. Daí a denominação "garantia", indicando que o texto constitucional preocupa-se em fixar as garantias individuais frente ao Estado.

As Constituições-garantia são o modelo clássico de Constituição, propugnado nas origens do movimento constitucionalista, restringindo-se a dispor sobre organização do Estado e imposição de limites à sua atuação, mediante a outorga de direitos fundamentais ao indivíduo.

Constituição-balanço é aquela destinada a registrar um dado estágio das relações de poder no Estado. A Constituição é elaborada para espelhar certo período político, findo o qual é elaborado um novo texto constitucional para o período seguinte. Exemplo típico foi o que aconteceu na URSS, que adotou Constituições seguidas (1924, 1936 e 1977), cada qual com a finalidade de refletir um distinto estágio do Socialismo (fazer um "balanço" de cada estágio).

Constituição dirigente, de texto extenso (analítica), é aquela que define fins, programas, planos e diretrizes para a atuação futura dos órgãos estatais. É a Constituição que estabelece, ela própria, um programa para dirigir a evolução política do Estado, um ideal social a ser futuramente concretizado pelos órgãos do Estado. O termo "dirigente" significa que o legislador constituinte "dirige" a atuação futura dos órgãos governamentais, por meio do estabelecimento de programas e metas a serem perseguidos por estes.

O elemento que caracteriza uma Constituição como dirigente é a existência, no seu texto, das denominadas "normas programáticas", mormente de cunho social. Como o próprio termo indica, tais normas estabelecem um programa, um rumo inicialmente traçado pela Constituição, que deve ser perseguido pelos órgãos estatais. São normas que têm como destinatários diretos não os indivíduos, mas os órgãos estatais, requerendo destes a atuação numa determinada direção, apontada pelo legislador constituinte.

3.9. Outras classificações

O Professor Alexandre de Moraes refere-se à Constituição **nominalista,** que "é aquela cujo texto da Carta Constitucional já contém verdadeiros direcionamentos para os problemas concretos, a serem resolvidos mediante aplicação pura e simples das normas constitucionais. Ao intérprete caberia tão-somente interpretá-la de forma gramatical-literal".

O Professor Pinto Ferreira refere-se às Constituições **reduzidas** e **variadas.** As primeiras seriam aquelas sistematizadas, cujas normas estão consolidadas

em um único código, enquanto as últimas seriam as formadas por textos esparsos, espalhados no ordenamento jurídico.

Essas mesmas Constituições são denominadas pelo Professor André Ramos Tavares de Constituições **codificadas** (sistematizadas em um único documento) e Constituições **legais** (integradas por documentos diversos, fisicamente distintos, como foi o caso da Terceira República Francesa, formada por inúmeras leis constitucionais, redigidas em momentos distintos, tratando cada qual de elementos substancialmente constitucionais).

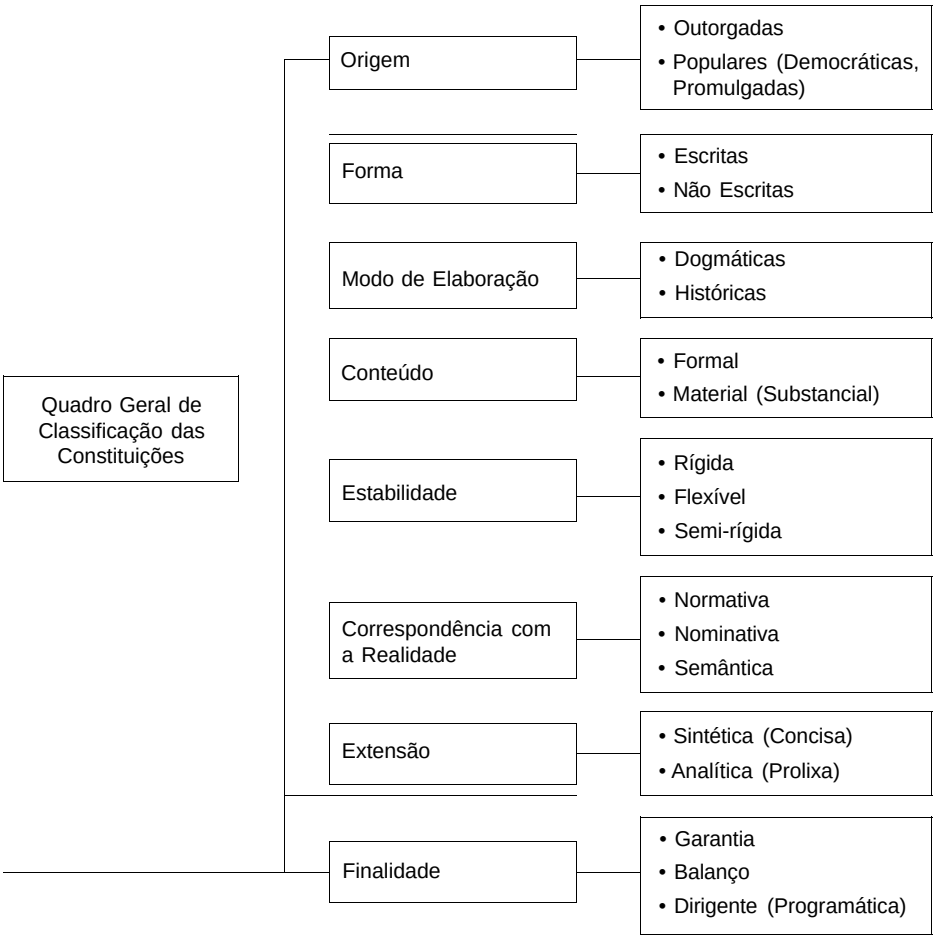
O Professor André Ramos Tavares refere-se, também, às Constituições **liberais** e **sociais.**

As Constituições **liberais** são aquelas resultantes do triunfo da ideologia burguesa, dos ideais do Liberalismo, correspondentes ao primeiro período de surgimento dos direitos humanos, que exigiam a não-intervenção do Estado na esfera privada dos particulares. São, também, denominadas Constituições negativas, pois impunham a omissão ou negativa de ação do Estado, preservando-se, assim, as liberdades públicas.

As Constituições **sociais** correspondem a um momento posterior do constitucionalismo, em que se passou a exigir do Estado atuação positiva, corrigindo as desigualdades sociais e proporcionando o surgimento do Estado do bem comum. Nesse tipo de Constituição, busca-se a concretização da igualdade material (e não meramente formal), e nela são traçados expressamente os grandes objetivos que deverão nortear a atuação governamental, razão porque é também denominada de Constituição dirigente.

O Professor Machado Horta classifica a Constituição Federal de 1988 como **expansiva.** Para o renomado constitucionalista, seriam dois os aspectos que caracterizariam nossa Constituição atual como expansiva: (i) a abordagem de novos temas, não presentes nas Constituições brasileiras pretéritas; e (ii) a ampliação do tratamento de temas permanentes, já presentes nas Constituições pretéritas.

Alguns autores referem-se, ainda, à Constituição **plástica,** embora não haja consenso quanto ao seu significado. O Professor Pinto Ferreira usa a expressão Constituição plástica como sinônimo de Constituição flexível, isto é, que admite modificações no seu texto mediante procedimento simples, igual ao de elaboração das leis infraconstitucionais. Já o constitucionalista Raul Machado Horta emprega o vocábulo "plástica" para conceituar as Constituições nas quais há grande quantidade de disposições de conteúdo aberto, de tal sorte que é deixada ao legislador ordinário ampla margem de atuação em sua tarefa de mediação concretizadora, de densificação ou "preenchimento" das normas constitucionais, possibilitando, com isso, que o texto constitucional acompanhe as oscilações da vontade do povo, assegurando a correspondência entre a Constituição normativa e a Constituição real.



4. BREVE RESUMO DAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL

4.1. A Constituição do Império (1824)

A Constituição do Império do Brasil foi elaborada por um Conselho de Estado, criado com essa finalidade, depois da dissolução, por D. Pedro I, da assembléia constituinte que, antes, havia sido convocada. O texto constitucional foi **outorgado** por D. Pedro I, em 25 de março de 1824.

O conteúdo da Constituição de 1824 foi fortemente influenciado pelo Liberalismo clássico dos séc. XVIII e XIX, de cunho marcadamente individualista, em voga na época de sua elaboração.

A orientação liberal manifestava-se claramente na enumeração expressa de direitos individuais (chamados direitos de primeira geração ou dimensão, tendo como núcleo o direito de liberdade em sua acepção mais ampla, visando a resguardar, da atuação do Estado, a esfera individual) e na adoção da separação de poderes. Quanto ao último aspecto, entretanto, impende anotar que, além dos três poderes propugnados por Montesquieu - Legislativo, Executivo e Judiciário -, foi acrescentado um poder denominado Moderador, concentrado nas mãos do Imperador.

Quanto à existência desse quarto poder, propugnado por Benjamin Constant, observa Celso Bastos que, embora a Constituição, na época, se pretendesse democrática, o Poder Moderador, "se utilizado por um monarca com inclinações autoritárias, levaria a um poder quase absoluto". Essa característica de nossa Constituição imperial consubstancia um conflito com a noção de soberania popular, com a idéia de titularidade do poder pelo povo, tão cara ao Liberalismo inspirador dos primeiros Estados constitucionais.

Outra característica peculiar de nossa Carta de 1824, uniformemente apontada pelos publicistas pátrios, é sua classificação, quanto aos procedimentos de modificação de seu texto, como Constituição **semi-rígida.** Com efeito, o seu art. 178 só exigia um processo especial para modificação da parte do seu texto que o constituinte entendeu conter disposições substancialmente constitucionais. A modificação de todas as outras disposições, só formalmente constitucionais, podia se dar mediante processo legislativo simples, igual ao de elaboração das demais leis.

A Constituição de 1824 deu ao Brasil a forma de **Estado unitário,** dividido em províncias, com forte centralização político-administrativa. Em razão dessa característica, evitou a fragmentação de nosso território. A forma de Governo era a **monarquia** hereditária constitucional. As eleições eram indiretas e censitárias. O Poder Legislativo submetia-se ao regime representativo, eletivo e temporário, na Câmara dos Deputados, mas, no Senado, os integrantes eram membros vitalícios, nomeados pelo Imperador.

Foi o texto constitucional de maior longevidade em nossa história. Não obstante isso, foi uma Constituição que se poderia classificar de nominativa, porque não conseguiu fazer com que as práticas constitucionais adotadas na realidade correspondessem às previstas em seu texto.

4.2. A primeira Constituição Republicana (1891)

Em 15 de novembro de 1889, com a edição do Decreto n.° l, de 15.11.1889, foi declarada a República. Nos termos desse decreto, as províncias, agora como estados integrantes de uma federação, formaram os Estados Unidos do Brasil. Foi instaurado um governo provisório, que, em 3 de dezembro,

nomeou uma comissão para elaborar um projeto de Constituição, o qual, em 22.06.1890, foi publicado como "Constituição aprovada pelo Executivo". Em 15 de setembro de 1890 foi eleita a Assembléia-Geral Constituinte, que se instalou em 15 de novembro, e, em 24 de fevereiro de 1891, **promulgou** a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, com poucas modificações em relação ao projeto que fora aprovado pelo Executivo (cujo principal mentor, diga-se, foi o grande Rui Barbosa).

A Constituição de 1891 institui, de modo definitivo, a forma federativa de Estado e a forma republicana de governo (o Decreto n.° 1/1889 o fizera em caráter meramente provisório). A autonomia dos estados é assegurada, sendo a eles conferida a denominada "competência remanescente", conforme inspiração do modelo norte-americano de federação. Foi estabelecida, também, a autonomia municipal. O regime é o representativo, com eleições diretas e mandatos por prazo certo nos Poderes Executivo e Legislativo. O sistema de governo adotado foi o presidencialista, de inspiração norte-americana (de cujas instituições Rui Barbosa era um profundo estudioso).

É abolido o Poder Moderador, voltando-se à fórmula tradicional de separação entre os poderes, propugnada por Montesquieu.

A declaração de direitos individuais foi fortalecida, com acréscimo de importantes garantias, como o *habeas corpus.*

A Constituição adotou a forma **rígida,** considerando constitucionais todas as suas disposições, as quais somente poderiam ser alteradas mediante procedimento especial, mais laborioso do que o exigido para a criação e modificação do direito ordinário.

Pode-se dizer que foi uma Constituição nominativa, pois suas disposições não encontraram eco na realidade social, vale dizer, seus comandos não foram efetivamente cumpridos. Nas palavras do Prof. José Afonso da Silva, "o coronelismo fora o poder real e efetivo, a despeito das normas constitucionais".

Em 1926, a Constituição sofreu uma profunda reforma, de cunho marcadamente centralizador e autoritário, que acabou por precipitar a sua derrocada, ocorrida com a Revolução de 1930.

4.3. A Constituição de 1934

A Constituição de 1934, decorrente do rompimento da ordem jurídica ocasionado pela Revolução de 1930, a qual pôs fim à era dos coronéis, à denominada Primeira República, costuma ser apontada pela doutrina como a primeira a preocupar-se em enumerar direitos fundamentais sociais, ditos direitos de segunda geração ou dimensão. Esses direitos, quase todos tradu-

zidos em normas constitucionais programáticas, tiveram como inspiração a Constituição de Weimar, da Alemanha de 1919. Com isso, a Constituição de 1934 é apontada como marco na transição de um regime de democracia liberal, de cunho individualista, para a chamada democracia social, preocupada em assegurar, não apenas uma igualdade formal, mas também a igualdade material entre os indivíduos (condições de existência compatíveis com a dignidade da pessoa humana).

É nela, também, que se observa o início do processo, contínuo desde então, de ampliação do rol de matérias tratadas no texto constitucional, fenômeno descrito como constitucionalização dos diversos ramos do Direito, inclusive daqueles antes disciplinados somente no âmbito das normas infraconstitucionais, como o Direito Civil e o Direito Administrativo. Por essa razão, a Constituição de 1934 apresentava mais do que o dobro de artigos que a de 1891.

A estrutura fundamental do Estado não sofreu mudanças em comparação com a Constituição de 1891. Manteve-se a república, a federação, a divisão de poderes, o presidencialismo e o regime representativo (José Afonso da Silva).

Como teve curtíssima sobrevida, pouco relevantes foram seus reflexos práticos, uma vez que não houve tempo para que a implementação de suas normas influenciasse a realidade social, se é que isso viria a acontecer, caso tempo houvesse.

4.4. A Constituição do Estado Novo (1937)

Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas, no poder, dissolve a Câmara e o Senado, revoga a Constituição de 1934 e outorga a Carta de 1937, dando início ao período ditatorial conhecido como "Estado Novo".

Como se vê, foi uma Carta **outorgada,** fruto de um golpe de Estado. Era Carta de inspiração fascista, de caráter marcadamente autoritário e com forte concentração de poderes nas mãos do Presidente da República.

A Constituição de 1937, freqüentemente chamada "Constituição Polaca" (alusão à Constituição polonesa de 1935, que a teria inspirado), embora contivesse um rol de pretensos direitos fundamentais, não contemplava o princípio da legalidade, nem o da irretroatividade das leis. Não previa o mandado de segurança. Possibilitava a pena de morte para crimes políticos e previa a censura prévia da imprensa e demais formas de comunicação e entretenimento, dentre outras disposições restritivas inteiramente incompatíveis com um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos, "trata-se, portanto, de documento destinado exclusivamente a institucionalizar um regime autoritário. Não ha-

via a divisão de poderes, embora existissem o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, visto que estes últimos sofriam nítidos amesquinhamentos".

Reforçando o sobredito, José Afonso da Silva remata:

> A Carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo.

É interessante registrar que a Constituição de 1937 previa a necessidade de ser submetida a um plebiscito, mas este nunca se realizou. Segundo o Prof. Celso Ribeiro Bastos, por esse motivo, "em termos jurídicos, a Constituição jamais ganhou vigência".

4.5. A Constituição de 1946

Com o término da Segunda Guerra Mundial, e o fim do Estado Novo, ocorre a redemocratização do Brasil. Depois de grande turbulência no quadro político interno ocorre a queda de Getúlio Vargas e, finalmente, a instalação de uma Assembléia Constituinte, em 2 de fevereiro de 1946.

Em 18 de setembro de 1946 foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, elaborada com base nas Constituições de 1891 e de 1934. Segundo o Prof. José Afonso da Silva, embora essa "volta ao passado" tenha sido um erro, e a Constituição de 1946 não tenha conseguido realizar-se plenamente, ela cumpriu sua tarefa de redemocratização e proporcionou condições para o desenvolvimento do País, durante as duas décadas de sua vigência.

A Constituição de 1946 adota a federação como forma de Estado - com autonomia política para os estados e, acentuadamente, para os municípios -, estabelece a república como forma de governo, o sistema presidencialista, e o regime democrático representativo, com eleições diretas. Assegura a divisão e independência dos poderes.

O rol de direitos fundamentais retoma o que existia na Constituição de 1934, com alguns importantes acréscimos, como o do princípio da inafastabilidade de jurisdição, e supressões relevantes, como a exclusão da pena de morte, do banimento e do confisco. Os direitos dos trabalhadores, muitos surgidos durante o Estado Novo, são constitucionalizados, com alguns acréscimos, como o do direito de greve. Trata também, pela primeira vez, dos partidos políticos, instituindo o princípio da liberdade de criação e organização partidárias.

Em 1961, uma emenda constitucional estabelece o parlamentarismo como sistema de governo, visando a reduzir os poderes do Presidente da República, João Goulart. O parlamentarismo acabou sendo rejeitado por um plebiscito, com o que se retornou ao presidencialismo, em 1963, fato que precipitou o golpe militar de 1964, inaugurando mais um período de ditadura em nossa história constitucional.

4.6. A Constituição de 1967

Depois da vitória do golpe militar de 1964, promulgou-se, em 24 de janeiro de 1967, uma nova Constituição, fortemente inspirada na Carta de 1937.

O texto da Constituição de 1967 mostra grande preocupação com a "segurança nacional", ostentando tendência de centralização político-administrativa na União e de ampliação dos poderes do Presidente da República.

Apresentava rol de direitos fundamentais, com redução dos direitos individuais, mas com maior definição dos direitos dos trabalhadores. Limitou o direito de propriedade, possibilitando a desapropriação para reforma agrária com indenização em títulos públicos.

A Constituição de 1967 teve curtíssima duração, porque, em 1969, foi editada a EC n.° 1, de 17.10.1969, com entrada em vigor em 30.10.1969.

4.7. A Constituição de 1969 (Emenda n.° 1 à Constituição de 1967)

A EC n.° 1/1969, embora formalmente seja uma emenda à Constituição de 1967, é considerada por muitos constitucionalistas verdadeiramente uma nova Constituição. Nas palavras do Prof. José Afonso da Silva, "a emenda só serviu como mecanismo de outorga" (apesar de ter sido um texto elaborado e imposto pelos ministros militares, que então estavam no poder, pretendeu-se, na época, estar promulgando uma emenda à Constituição, e não outorgando uma nova Constituição).

A Constituição de 1969 denominou a si mesma "Constituição da República Federativa do Brasil" (a de 1967 era, simplesmente, "Constituição do Brasil").

Em linhas gerais, embora a Constituição de 1969 tivesse pretendido manter formalmente nossa estrutura jurídica como a de um Estado Democrático de Direito, os poderes especiais atribuídos ao Presidente da República e as hipóteses de suspensão de direitos individuais tornavam letra morta essa expressão.

A EC n.° 1/1969 aperfeiçoou, porém, algumas instituições, como o processo de elaboração da lei orçamentária, a fiscalização financeira e orçamentária dos municípios, modificou o sistema tributário, previu a criação do contencioso administrativo tributário, vedou a reeleição para o Poder Executivo etc.

A Constituição de 1969 sofreu diversas emendas, até que, com a EC n.° 26, de 27.11.1985, foi convocada a Assembléia Nacional Constituinte, de cujos trabalhos resultou a Constituição de 1988, hoje vigente.[3]

4.8. A Constituição de 1988

Com o fim dos governos militares e a redemocratização do País,[4] mostrou-se evidente a necessidade de dotar o País de uma nova Constituição. José Sarney, o primeiro presidente da fase iniciada com o ocaso do ciclo militar, denominada "Nova República", encaminhou ao Congresso Nacional a proposta de emenda à Constituição que resultou na EC n.° 26, de 27 de novembro de 1985. Essa emenda, conforme acima apontado, convocava uma Assembléia Nacional Constituinte, composta, na verdade, pelos próprios deputados federais e senadores de então. A instalação da Assembléia Nacional Constituinte ocorreu em 1.° de fevereiro de 1987 e os seus trabalhos foram concluídos em 5 de outubro de 1988, com a promulgação da Constituição atual.

Embora boa parte do trabalho de nosso constituinte originário de 1988 tenha sido desfigurada pela enorme quantidade de emendas que a Constituição atual sofreu - merecendo especial ênfase a significativa mudança de orientação no que respeita à ordem econômica -, pode-se, em uma grande síntese, afirmar que a Constituição de 1988 pretendeu dar ao Brasil a feição de uma social-democracia, de criar um verdadeiro Estado Democrático-Social de Direito, com a previsão de uma imensa quantidade de obrigações para o Estado, traduzidas em prestações positivas, passíveis, em tese, de serem exigidas pela população em geral, muitas como verdadeiros direitos subjetivos. Essa a razão da Carta de 1988 ter recebido o epíteto de "Constituição Cidadã".

[3] O Prof. José Afonso da Silva ensina que a EC n.° 26/1985 não é tecnicamente uma emenda, mas sim um ato político, uma vez que não tem a finalidade de manter a Constituição emendada, e sim de destruí-la, possibilitando sua substituição por uma nova.

[4] Talvez não se possa falar, no primeiro momento, em uma efetiva redemocratização, porque a eleição do primeiro Presidente da República civil deu-se por sufrágio indireto, a despeito da enorme pressão popular consubstanciada no movimento conhecido como "diretas já". Nas eleições indiretas de 1985, que marcam o fim do período de ditadura militar, foi vencedor Tancredo Neves, que, no entanto, veio a morrer antes da posse, razão pela qual foi empossado o seu vice, José Sarney, em cujo governo realmente se consolidou a redemocratização. As primeiras eleições diretas para Presidente da República, depois do golpe militar de 1964, somente ocorreram em 1989, tendo como vencedor Fernando Collor de Mello, que sucedeu José Sarney na Presidência da República.

Consoante acentua o Prof. José Afonso da Silva (referindo-se ao texto originário da Constituição de !988):

> É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a Constituição Federal, de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral.

Ao lado da ampliação dos direitos fundamentais - sobretudo das garantias e remédios constitucionais (enfática vedação à censura prévia, surgimento do *habeas data,* do mandado de injunção, do mandado de segurança coletivo, ampliação do objeto da ação popular etc), bem como dos direitos sociais e direitos de terceira geração ou dimensão (como o direito a um meio ambiente equilibrado) - é mister mencionar o fortalecimento das instituições democráticas, dentre elas o Ministério Público.

Tornou-se mais abrangente, também, o controle de constitucionalidade, aumentando a importância do controle abstrato, com o surgimento de novas ações, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a argüição de descumprimento de preceito fundamental, e significativo alargamento da legitimação ativa, que se tornou muito mais democrática com a quebra do monopólio do Procurador-Geral da República, antes existente.

O Sistema Tributário Nacional foi em larga medida redesenhado, fortalecendo-se as receitas dos municípios e aperfeiçoando-se as garantias dos contribuintes.

Houve preocupação em trazer para o texto constitucional detalhadas normas acerca da organização e funcionamento da Administração Pública e dos agentes públicos, observando-se um cuidado especial com a proteção jurídica da moralidade administrativa e da probidade.

A seguridade social foi significativamente estendida quanto a suas atividade e serviços, e quanto aos seus beneficiários, sendo essa, sem dúvida, uma das maiores fontes do grande aumento da necessidade de obtenção de recursos pelo Estado.

Foram estabelecidas normas abrangentes de proteção à infância, aos deficientes, aos índios, ao meio ambiente etc.

Enfim, redesenhou-se amplamente o Estado, em sua estrutura e em sua atuação como Estado-poder - com a extinção dos Territórios Federais, a maior autonomia dos municípios, o rígido regramento da Administração Pública, o fortalecimento do Poder Judiciário e do Legislativo, inclusive em sua atividade de fiscalização do Executivo -, e avigorou-se sobremaneira o Estado-comunidade, mediante o alargamento dos direitos fundamentais de

todas as dimensões e o robustecimento dos mecanismos de controle, populares e institucionais, do Poder Público.

5. CLASSIFICAÇÃO E ESTRUTURA DA CF/88

A Constituição Federal de 1988, promulgada em 5 de outubro de 1988, é classificada como escrita, democrática, dogmática eclética, rígida, formal, analítica, dirigente, normativa, codificada, social e expansiva.

De conteúdo extenso, prolixo e demasiadamente detalhado, compõe-se de mais de trezentos artigos: duzentos e cinqüenta integrantes do corpo permanente da Constituição e os demais inseridos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

A Carta vigente é composta de um preâmbulo, uma parte dogmática, integrada por nove títulos, e um rol de dispositivos de cunho transitório, reunidos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Apresentamos, a seguir, considerações sumárias acerca das normas que compõem cada uma dessas três divisões da Constituição Federal de 1988, com destaque para o exame da relevância jurídica do preâmbulo, bem como das peculiaridades das normas do ADCT.

5.1. Preâmbulo

A Constituição Federal de 1988 apresenta o seguinte preâmbulo:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Para o constitucionalista Jorge Miranda, o preâmbulo constitui uma "proclamação mais ou menos solene, mais ou menos significante, anteposta ao articulado constitucional, e não é componente necessário de qualquer constituição, mas tão-somente um elemento natural de constituições feitas em momentos de ruptura histórica ou de grande transformação político-social".

Muito se discute a respeito da relevância jurídica do preâmbulo de uma Constituição, especialmente quanto à sua eficácia jurídica e à possibilidade de uma lei ser declarada inconstitucional por contrariar o seu texto.

A matéria não é pacífica na doutrina. Jorge Miranda ensina que há três posições doutrinárias sobre o tema: (a) a tese da irrelevância jurídica, segundo a qual o preâmbulo não se situa no domínio do Direito, mas sim no da política; (b) a tese da plena eficácia, que reconhece ao preâmbulo a mesma eficácia jurídica de quaisquer outras disposições constitucionais; e (c) a tese da relevância jurídica indireta, segundo a qual o preâmbulo desempenha um papel orientador na identificação das características da Constituição, mas não se confunde com suas normas.

No Brasil, a questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.° 2.076-5, relator Ministro Carlos Velloso, em que se discutia a constitucionalidade do preâmbulo da Constituição do Estado do Acre, pelo fato de haver sido omitida a referência à proteção de Deus, presente no preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 não constitui norma central, e que a invocação da proteção de Deus não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição Estadual, porque não possui força normativa.

Para o Tribunal, o preâmbulo não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. Não possui o preâmbulo, portanto, relevância jurídica, não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do estado-membro.

Em outra ação (Mandado de Segurança n.° 24.645/DF), na qual parlamentares requeriam a suspensão da tramitação da proposta que veio a resultar na Emenda Constitucional n.° 41/2003 (Reforma da Previdência), por ofensa ao texto do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, o Ministro Celso de Mello negou a segurança, deixando assente que o conteúdo do preâmbulo não impõe qualquer limitação de ordem material ao poder reformador outorgado ao Congresso Nacional.

Em síntese, podemos concluir que o preâmbulo da Constituição Federal de 1988: (a) não se situa no âmbito do Direito Constitucional; (b) não tem força normativa; (c) não é norma de observância obrigatória pelos estados-membros, Distrito Federal e municípios; (d) não serve de parâmetro para a declaração da inconstitucionalidade das leis; (e) não constitui limitação à atuação do poder constituinte derivado, ao modificar o texto constitucional.

Sem embargo dessas conclusões, a doutrina pátria costuma reconhecer ao preâmbulo da Constituição Federal de 1988 a função de diretriz interpretativa do texto constitucional, por auxiliar na identificação dos princípios e valores primordiais que orientaram o constituinte originário na sua elaboração.

5.2. Parte dogmática da Constituição de 1988

A parte dogmática da Constituição de 1988 constitui o seu corpo principal, ou permanente (esta última expressão, usada em contraposição à parte que contém as disposições transitórias, o ADCT).

Estruturalmente, a parte dogmática da Constituição de 1988 divide-se em nove títulos, a saber: (I) Dos Princípios Fundamentais; (II) Dos Direitos e Garantias Fundamentais; (III) Da Organização do Estado; (IV) Da Organização dos Poderes; (V) Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas; (VI) Da Tributação e do Orçamento (VII) Da Ordem Econômica e Financeira; (VIII) Da Ordem Social; (IX) Das Disposições Constitucionais Gerais.

O corpo permanente da Constituição congrega todas as normas essenciais à organização e ao funcionamento do Estado brasileiro, como as relativas aos direitos fundamentais, à estrutura do Estado federal e às competências de cada ente político, à organização dos poderes e da Administração Pública, à repartição de rendas, aos princípios fundamentais da ordem econômica e da ordem social etc.

Apresenta, também, inúmeras normas programáticas, mormente no que concerne a direitos sociais, porquanto se trata de uma Constituição dirigente.

Deve-se lembrar, ainda, que, por ser uma Constituição prolixa, o seu corpo principal abriga, também, inúmeras regras tidas por apenas formalmente constitucionais, que nada têm a ver com a organização básica do Estado.

5.3. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) reúne dois grupos distintos de preceitos:

a) os que contêm regras necessárias para assegurar uma harmoniosa transição do regime constitucional anterior (Constituição de 1969) para o novo regime constitucional (Constituição de 1988);

b) os que estabelecem regras que, embora não sejam relacionadas à transição de regime constitucional, têm caráter meramente transitório, têm sua eficácia jurídica exaurida tão-logo ocorra a situação nelas prevista.

Exemplo da primeira espécie de dispositivo é o art. 16 do ADCT, que fixou competência temporária para o Presidente da República, com a aprovação do Senado Federal, para indicar o Governador e o Vice-Governador do Distrito Federal, até que nele fosse realizada a primeira eleição direta.

Um bom exemplo da segunda categoria de disposições é o art. 3.° do ADCT, que estabeleceu as regras para a realização da revisão constitucional

prevista para ocorrer cinco anos após a promulgação da Constituição de 1988. Uma vez cumprido esse comando, isto é, realizado o procedimento de revisão constitucional (em 1993/1994), o dispositivo perdeu a eficácia, por estar exaurido o seu objeto.

Em ambos os casos, a característica própria de uma norma integrante do ADCT é a existência de eficácia jurídica somente até o momento em que ocorre a situação nela prevista; ocorrida a situação, a norma transitória perde a sua eficácia jurídica, por exaurimento de seu objeto.

É importante ressaltar que, embora de natureza transitória, os dispositivos do ADCT são formalmente constitucionais, ou seja, têm o mesmo *status* jurídico e idêntica hierarquia à das demais normas da Constituição. Por essa razão, sua observância por todas as instâncias de poder é obrigatória, o que enseja, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade de quaisquer normas infraconstitucionais com eles incompatíveis. Outrossim, a modificação de qualquer dispositivo do ADCT somente poderá ser feita por meio da aprovação de emendas à Constituição, com estrita observância do art. 60 da Constituição Federal.

Quanto ao último ponto, cabe mencionar que o ADCT tem sido objeto de reiteradas modificações e acréscimos mediante emendas à Constituição. Essas emendas, em sua maioria, introduziram novas matérias de caráter transitório, como é o caso da extinta contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (CPMF).

Ademais, importantes garantias constitucionais continuam provisoriamente disciplinadas por dispositivos do ADCT, em face da omissão do legislador ordinário quanto ao seu dever de regulamentá-las. É exemplo a proteção à relação de emprego diante da despedida arbitrária ou sem justa causa, que continua disciplinada pelo art. 10, inciso I, do ADCT, por não haver sido editada a lei complementar reclamada pelo art. 7.°, inciso I, da Constituição Federal.

Concluindo essas breves noções sobre a estrutura tópica da Constituição de 1988, consideramos oportuno ressaltar a constatação da existência de duas categorias de disposições que, embora integrantes de seu texto, são desprovidas de força normativa: (a) o preâmbulo constitucional; e (b) as normas integrantes do ADCT, depois de ocorrida a situação nelas prevista.

5.4. "Elementos da Constituição"

Faremos menção, finalmente, aos chamados "elementos da Constituição". Vimos que a tendência moderna é de elaboração de Constituições analíticas ou prolixas, repletas de normas pormenorizadas, sobre as mais diferentes

matérias. Esse inchamento das Constituições fez com que a doutrina estabelecesse uma distinção entre tais normas constitucionais, dividindo-as em diferentes categorias, levando-se em conta a sua estrutura normativa. Apresentaremos, a seguir, sinteticamente, a classificação elaborada pelo Professor José Afonso da Silva, que divide os elementos da Constituição Federal de 1988 em cinco categorias, a saber:

a) **elementos orgânicos** - que se contêm nas normas que regulam a estrutura do Estado e do poder, que se concentram, predominantemente, nos Títulos III (Da Organização do Estado), IV (Da Organização dos Poderes e do Sistema de Governo), Capítulos II e III do Título V (Das Forças Armadas e da Segurança Pública) e VI (Da Tributação e do Orçamento);

b) **elementos limitativos** - que se manifestam nas normas que consagram o elenco dos direitos e garantias fundamentais (Título II da Constituição - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, excetuando-se os Direitos Sociais, que entram na categoria seguinte);

c) **elementos sócio-ideológicos** - consubstanciados nas normas que revelam o caráter de compromisso das Constituições modernas entre o Estado individualista e o Estado social, intervencionista, como as do Capítulo II do Título II (Direitos Sociais) e as dos Títulos VII (Da Ordem Econômica e Financeira) e VIII (Da Ordem Social);

d) **elementos de estabilização constitucional** - consagrados nas normas destinadas a assegurar a solução de conflitos constitucionais, a defesa da Constituição, do Estado e das instituições democráticas, como os encontrados nos arts. 34 a 36 (Da Intervenção), 59, I, 60 (processo de emendas à Constituição), 102, I, "a" (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade), 102 e 103 (jurisdição constitucional) e no Título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, especialmente o Capítulo I, pois os Capítulos II e III, conforme vimos, integram os elementos orgânicos);

e) **elementos formais de aplicabilidade** - são os que se acham consubstanciados nas normas que estabelecem regras de aplicação das normas constitucionais, assim, o preâmbulo, o dispositivo que contém as cláusulas de promulgação, as disposições constitucionais transitórias e o § 1.° do art. 5.°, que determina que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*

6. ENTRADA EM VIGOR DE UMA NOVA CONSTITUIÇÃO

As normas de uma nova Constituição projetam-se sobre todo o ordenamento jurídico, revogando aquilo que com elas seja incompatível, conferindo

novo fundamento de validade às disposições infraconstitucionais e reorientando a atuação de todas as instâncias de poder, bem como as relações entre os indivíduos ou grupos sociais e o Estado.

A problemática da aplicação de normas constitucionais novas diz respeito, especialmente, à aferição da sua relação com o texto constitucional pretérito, com as normas infraconstitucionais anteriores e à sua eficácia sobre as relações jurídicas baseadas em fatos passados.

Neste tópico, serão analisadas as principais situações atinentes à entrada em vigor de uma nova Constituição. Passemos a elas.

6.1. *Vacatio Constitutionis*

As Constituições normalmente contêm cláusula especial que determina o momento em que seu texto começará a vigorar. Não havendo essa cláusula expressa, entende-se que a vigência é imediata, a partir da sua promulgação.

Caso a Constituição contenha cláusula expressa que difira a entrada em vigor de todo o seu texto, surge a chamada *vacatio constitutionis* (vacância da Constituição), que corresponde ao interregno entre a publicação do ato de sua promulgação e a data estabelecida para a entrada em vigor de seus dispositivos. Nesse período, embora já promulgada, a nova Constituição não tem vigência, e a ordem jurídica continua a ser regida pela Constituição que já existia.

A Constituição Federal de 1988 não adotou a *vacatio constitutionis*, tampouco trouxe cláusula específica sobre a vigência de seu texto. No entanto, considerando que vários de seus dispositivos, especialmente do ADCT, estabelecem prazos a serem contados a partir de sua promulgação, conclui-se que foi na data desta que ela entrou em vigor.

Portanto, a Constituição de 1988 entrou em vigor na data de publicação do ato de sua promulgação, sem prejuízo da existência de dispositivos para os quais foi expressamente estipulada uma outra data de início de vigência. É exemplo a cláusula do *caput* do art. 34 do ADCT, por força da qual a maior parte do novo sistema tributário nacional somente entrou em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição.

6.2. Retroatividade mínima

A Constituição é obra do poder constituinte originário, que tem como características principais o fato de ser inicial, ilimitado e incondicionado. Significa dizer, em poucas palavras, que não está o legislador constituinte originário obrigado a observar nenhuma norma jurídica do ordenamento constitucional anterior, tampouco a respeitar o chamado direito adquirido.

Nada impede, dessa forma, que o novo texto constitucional tenha aplicação retroativa, regulando situações pretéritas, mesmo que em prejuízo de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito. No Brasil, é firme o entendimento de que, havendo disposição expressa na nova Constituição, pode ocorrer sua aplicação retroativa, descabendo alegação de existência de eventuais direitos adquiridos.

É importante questionar, contudo, qual será a eficácia no tempo do novo texto constitucional quando ele nada estabelece acerca de sua aplicação.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as novas normas constitucionais, salvo disposição expressa em contrário, se aplicam de imediato, alcançando, sem limitações, os efeitos futuros de fatos passados.[5]

Essa eficácia especial das normas constitucionais recebe a denominação de **retroatividade mínima.**

Assim, no Brasil, não havendo norma expressa determinando a retroatividade - caso houvesse, esta sempre seria possível -, o texto constitucional alcançará apenas os efeitos futuros de negócios celebrados no passado (retroatividade mínima).

Para melhor compreensão dessa matéria, é mister fixar algumas noções fundamentais sobre os possíveis graus de retroatividade das normas jurídicas. Classificam-se as espécies de retroatividade, quanto à graduação por intensidade, em três níveis: retroatividade máxima, média e mínima.

A retroatividade é **mínima** quando a lei nova alcança as prestações futuras (vencíveis a partir da sua entrada em vigor) de negócios celebrados no passado.

A retroatividade é **média** quando a norma nova alcança as prestações pendentes (vencidas e ainda não adimplidas) de negócios celebrados no passado.

A retroatividade é **máxima** quando a norma nova alcança fatos já consumados no passado, inclusive aqueles atingidos pela coisa julgada.

Paralelamente a esses graus de retroatividade, temos, ainda, a **irretroatividade,** que ocorre quando a lei nova só alcança novos negócios, celebrados após a sua entrada em vigor.

Pois bem, como acima dito, é firme a jurisprudência do STF de que, no Brasil, os dispositivos de uma Constituição nova têm vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima), salvo disposição constitucional expressa em contrário.

A fim de ilustrar a aplicação desse entendimento do STF, tome-se o disposto no art. 7.°, inciso IV, da Constituição Federal, que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim.

RE 242.740/GO, rei. Min. Moreira Alves, 20.03.2001.

Esse preceito impede, por exemplo, que salários e proventos de aposentadoria ou pensão sejam vinculados ao salário mínimo - seria algo como estabelecer que um aposentado fizesse jus a um provento de, por exemplo, "seis salários mínimos" -, o que implicaria aumento automático do salário ou provento, sempre que houvesse majoração do valor do salário mínimo.

Pois bem, com base no entendimento de que as normas constitucionais são dotadas de retroatividade mínima, o STF fixou a seguinte orientação a respeito da aplicabilidade do disposto no art. 7.°, inciso IV, da Constituição às situações constituídas em data anterior à sua promulgação:[6]

> A vedação da vinculação do salário mínimo, constante do inciso IV do art. 7.° da Carta Federal, que visa a impedir a utilização do referido parâmetro como fator de indexação para obrigações, aplica-se imediatamente sobre as prestações futuras de pensões que anteriormente foram estipuladas, não havendo que se falar em direito adquirido.

Significa dizer, em simples palavras, que a vedação de vinculação do salário mínimo tem aplicabilidade imediata, incidindo sobre os efeitos futuros de fatos consumados no passado. Na hipótese tratada no julgado supratranscrito, os proventos de pensão relativos aos meses posteriores à data de promulgação da Constituição de 1988 (efeitos futuros) deixaram de estar vinculados ao salário mínimo, muito embora a pensão houvesse sido concedida, com vinculação dos proventos ao salário mínimo, em período anterior à promulgação da Constituição de 1988 (fato consumado no passado).

Cabe registrar que, não obstante a regra geral de eficácia das normas da Constituição Federal de 1988 seja a aplicabilidade imediata (retroatividade mínima), existem dispositivos constitucionais que expressamente dispõem de forma diversa, estabelecendo outro momento para a eficácia dos seus comandos.

É exemplo o art. 51 do ADCT, que determina a revisão das doações, vendas e concessões de terras públicas realizadas desde o ano de 1962. Tem-se, aqui, hipótese típica de adoção da denominada **retroatividade máxima.** Ressalte-se que se trata de disposição constitucional expressa, caso em que é perfeitamente possível a previsão de eficácia outra que não a retroatividade mínima.

Por fim, é importante anotar que o Supremo Tribunal Federal entende que a regra geral de retroatividade mínima com possibilidade de adoção de retroatividade média ou máxima, desde que prevista de forma expressa - somente se aplica às normas constitucionais **federais.** As Constituições dos estados,

[6] RE 143.812/GO, rei. Min. limar Galvão, 27.08.1996.

diferentemente, sujeitam-se integralmente à vedação do art. 5.°, inciso XXXVI (proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada), vale dizer, **não** podem retroagir (admitidas certas exceções, adiante estudadas).

Da mesma forma, a retroatividade mínima **não** alcança as normas infraconstitucionais (leis e atos normativos em geral). Estas também se submetem à regra da irretroatividade (admitidas certas exceções, adiante estudadas), prescrita no art. 5.°, XXXVI, da Carta Política.

6.3. Entrada em vigor da nova Constituição e a Constituição pretérita

O estudo dos efeitos da entrada em vigor de uma nova Constituição sobre a Constituição anterior não oferece maiores dificuldades. Simplesmente, a promulgação de uma Constituição revoga integralmente a Constituição antiga, independentemente da compatibilidade entre os seus dispositivos.

Promulgada a nova Constituição, a anterior é retirada do ordenamento jurídico, globalmente, sem que caiba cogitar de verificação de compatibilidade entre os seus dispositivos, isoladamente. A perda de vigência da Constituição pretérita é sempre total, em bloco. Não são apenas dispositivos isolados da Constituição pretérita que perdem vigência, mas sim o seu conjunto, independentemente de estarem ou não conformes à nova Lei Maior. Nada da Constituição anterior sobrevive, razão pela qual é completamente descabido indagar de forma isolada acerca da compatibilidade ou não de qualquer norma constitucional anterior com a nova Constituição. Há uma autêntica revogação total, ou ab-rogação.

Essa é a posição dominante no nosso País, perfilhada, sem controvérsia digna de nota, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), órgão do Poder Judiciário que dispõe da competência para ditar a última palavra quando o assunto é Direito Constitucional.

Apenas para efeito de registro, mencionamos que há uma corrente doutrinária minoritária que propugna uma orientação diferente, conhecida como **tese da desconstitucionalização,** explicada a seguir.

6.3.7. *Desconstitucionalização*

Segundo os partidários da chamada "desconstitucionalização", a promulgação de uma Constituição não acarretaria, obrigatoriamente, a revogação global da Constituição passada.

Para eles, seria necessário examinar cada dispositivo da Constituição antiga, a fim de verificar quais conflitariam com a nova Constituição, e quais seriam compatíveis com ela.

Com base nessa análise, os dispositivos incompatíveis seriam considerados revogados pela nova Constituição, e os dispositivos compatíveis seriam considerados por ela recepcionados. Porém, o seriam na condição de leis comuns, como se fossem normas infraconstitucionais.

Conclui-se que esses preceitos compatíveis, por serem considerados recepcionados com o *status* de lei, poderiam ser modificados ou revogados, no novo ordenamento, por outras normas também infraconstitucionais. É esse o motivo da denominação "desconstitucionalização": os dispositivos da Constituição antiga, compatíveis com a nova, ao serem recepcionados, ingressariam e se comportariam no novo ordenamento como se fossem meras normas infraconstitucionais.

Por último, entendemos oportuno ponderar que, dada a natureza ilimitada do poder constituinte originário, nada impede que, no texto da nova Constituição, seja previsto o revigoramento de dispositivos da Constituição pretérita, e a eles atribuída, no novo ordenamento constitucional, natureza de normas ordinárias. Entendemos que isso é possível, desde que seja feito de **modo expresso,** seja para artigos determinados, seja de forma genérica.

Poderia a Constituição Federal de 1988 ter estabelecido, expressamente, em determinado artigo seu, a recepção, com força de lei, dos dispositivos da Constituição Federal de 1967/1969 que não contrariassem o seu texto. Seria um exemplo de previsão genérica ou ampla de adoção da desconstitucionalização. Conforme é consabido, não foi essa a opção do legislador constituinte originário em 1988. A vigente Constituição Federal não adotou a desconstitucionalização, nem de forma genérica, nem quanto a algum dispositivo específico da Constituição passada.

6.4. Direito ordinário pré-constitucional

Examinaremos, neste item, as conseqüências da promulgação de uma nova Constituição para as normas jurídicas infraconstitucionais pretéritas.

Trata-se de situação bastante diversa daquela concernente à Constituição antiga, que, como vimos, é globalmente revogada, não importa o conteúdo de seus preceitos.

E fácil perceber que, caso fossem consideradas automaticamente revogadas todas as normas infraconstitucionais anteriores à nova Constituição, um verdadeiro caos assolaria o ordenamento jurídico, em razão do vácuo normativo que daí decorreria. De um instante a outro, o país deixaria de ter leis; nada haveria para regular as relações sociais, a não ser os costumes e um conjunto de normas de alto grau de abstração constantes do texto constitucional, a maior parte delas dependente de concretização futura pelo Poder Legislativo.

Com o intuito de evitar essa insustentável situação de insegurança jurídica, adota-se uma solução pragmática: as leis anteriores são "aproveitadas", desde que o seu conteúdo não conflite com o novo texto constitucional. É necessário, portanto, analisar esse direito infraconstitucional pretérito a fim de determinar quais de suas normas são incompatíveis e quais se harmonizam com a nova Constituição, conforme detalhamos a seguir.

6.4.7. *Direito ordinário pré-constitucional incompatível*

As normas integrantes do direito ordinário anterior que sejam incompatíveis com a nova Constituição não poderão ingressar no novo ordenamento constitucional. A nova Constituição, ápice de todo o ordenamento jurídico, e fundamento de validade deste, não pode permitir que leis antigas, contrárias a seus princípios e regras, continuem a ter vigência sob sua égide. Assim, todas as leis pretéritas conflitantes com a nova Constituição serão **revogadas** por esta.

Esse é o entendimento consagrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e aceito pela doutrina dominante no Brasil. É válido para todas as espécies normativas pretéritas infraconstitucionais, alcançando não só as leis formais, mas decretos, regimentos, portarias, atos administrativos em geral etc.[7]

Entretanto, nem todos os constitucionalistas concordam com essa orientação. Defendem alguns autores que **revogação** obrigatoriamente pressupõe o confronto entre normas de mesma natureza, de mesma hierarquia. Segundo eles, uma Constituição somente poderia revogar outra Constituição, uma lei só poderia ser revogada por outra lei, um decreto por outro decreto, e assim por diante. Não seria cabível, por essa lógica, cogitar de revogação de direito infraconstitucional pela Constituição Federal, pois as normas respectivas não têm a mesma natureza, o mesmo nível hierárquico.

Dessa forma, prosseguindo nesse raciocínio - repita-se, discrepante de nossa jurisprudência e doutrina majoritária -, a nova Constituição acarretaria

[7] É enfaticamente ilustrativo da posição adotada pelo STF o excerto de ementa abaixo transcrito (ADI 2/DF, rei. Min. Paulo Brossard, DJ 21.11.1997):
"O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação de antiga jurisprudência do STF, mais que cinqüentenária. Ação direta que não se conhece por impossibilidade jurídica do pedido."

a denominada **inconstitucionalidade superveniente** do direito subconstitucional anterior com ela incompatível.

6.4.1.1. Inconstitucionalidade superveniente

Para os defensores da tese da ocorrência da inconstitucionalidade superveniente, o direito ordinário anterior incompatível não seria revogado pela nova Constituição, mas se tornaria inconstitucional em face dela.

Inconstitucionalidade superveniente é, pois, o fenômeno jurídico pelo qual uma norma tornar-se-ia inconstitucional em momento futuro, depois de sua entrada em vigor, em razão da promulgação de um novo texto constitucional, com ela conflitante.

Exemplificando: uma lei publicada hoje, de acordo com o texto constitucional atualmente em vigor, tornar-se-ia inconstitucional no futuro, em virtude da promulgação de uma nova Constituição, que estabelecesse um tratamento contrário à respectiva matéria; essa lei não seria revogada pela Constituição futura, mas sim se tornaria inconstitucional frente a ela.

Deve-se ressaltar, como antes mencionado, que, para o STF, há mera revogação da lei em uma situação como essa. Segundo a jurisprudência da Corte Suprema, uma lei só pode ser considerada inconstitucional em confronto com a Constituição de sua época, em vigor no momento da publicação da lei. Nenhuma lei pode ser declarada inconstitucional em confronto com Constituição futura. Isso porque não poderia o legislador ordinário, ao editar uma lei em 1980, desrespeitar a Constituição Federal de 1988, por que esta, em 1980, ainda não existia. Em 1980, o legislador só poderia desrespeitar a Constituição de sua época (Constituição de 1967/1969). Da mesma forma, não pode o legislador, hoje, ao editar determinada lei, desrespeitar uma Constituição futura, pela razão óbvia de que ela ainda não existe. Em poucas palavras, segundo o entendimento do STF, o juízo de constitucionalidade pressupõe contemporaneidade entre a lei e a Constituição, isto é, pressupõe que a lei seja confrontada com a Constituição sob cuja égide foi editada.

Em síntese, temos o seguinte: (a) uma lei só pode ser considerada inconstitucional (ou constitucional), em confronto com a Constituição de sua época; (b) o confronto entre uma lei e Constituição futura não se resolve pelo juízo de constitucionalidade, mas sim pela *revogação* (se a lei pretérita for materialmente incompatível com a nova Constituição) ou pela *recepção* (se a lei pretérita for materialmente compatível com a nova Constituição).

A primeira vista, essa distinção conceituai poderia parecer irrelevante, uma vez que, num ou noutro caso (revogação ou inconstitucionalidade superveniente), é certo que a norma antiga incompatível com a nova Constituição

perderá sua vigência. Porém, há uma conseqüência jurídica para essa distinção sobremaneira relevante. É que a Constituição Federal só permite a declaração da **inconstitucionalidade** das leis pelos tribunais do Poder Judiciário mediante decisão da maioria absoluta do plenário ou do órgão especial do tribunal (CF, art. 97). Significa dizer, em síntese, que, em regra, os órgãos fracionários dos tribunais (câmaras, turmas ou seções) não podem declarar a inconstitucionalidade das leis ou ato normativos do Poder Público. Essa regra especial para a declaração da **inconstitucionalidade** pelos tribunais recebe o nome de "reserva de plenário".[8] Pois bem, a relevância dessa distinção conceituai - entre revogação e inconstitucionalidade superveniente - é que se o conflito entre norma pré-constitucional e Constituição futura envolvesse juízo de constitucionalidade, então os tribunais, para declararem a invalidade da norma antiga, estariam obrigados a obedecer à reserva de plenário (somente poderiam fazê-lo por decisão de maioria absoluta do plenário ou do órgão especial). Entretanto, como o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que, nessa situação, não temos caso de inconstitucionalidade, mas sim de mera **revogação,** os tribunais, na apreciação da validade do direito pré-constitucional, não estão obrigados à obediência da reserva de plenário (os próprios órgãos fracionários poderão, sem necessidade de submeter a controvérsia ao plenário, reconhecer a revogação ou recepção do direito pré-constitucional).

Ainda em decorrência desse entendimento - o conflito entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição resolve-se pela revogação, não se tratando de inconstitucionalidade -, o Supremo Tribunal Federal **não** admite a impugnação do direito pré-constitucional em ação direta de inconstitucionalidade.[1']

6.4.2. Direito ordinário pré-constitucional compatível

Se as leis pré-constitucionais em vigor no momento da promulgação da nova Constituição forem compatíveis com esta, serão **recepcionadas.**

Significa dizer que ganharão nova vida no ordenamento constitucional que se inicia. Essas leis perdem o suporte de validade que lhes dava a Constituição anterior, com a revogação global desta. Entretanto, ao mesmo tempo, elas recebem da Constituição promulgada novo fundamento de validade.

Conforme nos ensina o Prof. Celso Ribeiro Bastos, ao abordar o fenômeno da recepção, "trata-se de um processo abreviado de criação de normas

A cláusula "reserva de plenário" será objeto de exame ulterior, quando estudarmos o controle de constitucionalidade das leis.

Esse aspecto será pormenorizado posteriormente, quando examinarmos o controle de constitucionalidade abstrato.

jurídicas, pelo qual a nova Constituição adota as leis já existentes, com ela compatíveis, dando-lhes validade, e assim evita o trabalho quase impossível de elaborar uma nova legislação de um dia para o outro".

Mas, nem todo o direito pré-constitucional compatível com a nova Constituição poderá ser por ela recepcionado. Para que a norma pré-constitucional seja recepcionada pela nova Constituição, deverá ela cumprir, cumulativamente, três requisitos: (i) estar em vigor no momento da promulgação da nova Constituição; (ii) ter conteúdo compatível com a nova Constituição; (iii) ter sido produzida de modo válido (de acordo com a Constituição de sua época).

Examinemos, separadamente, esses três requisitos.

Pelo primeiro deles é exigido que a norma esteja em vigor na data da promulgação da nova Constituição para que possa ser recepcionada. Vale dizer, a recepção não alcança normas não vigentes. Se a norma **não** estiver em vigor no momento da promulgação da nova Constituição, a sua situação jurídica deverá ser examinada à luz do instituto **repristinação** (na forma explicitada no tópico seguinte), e não pela aplicação da teoria da recepção.

Consoante o segundo requisito, a norma a ser recepcionada deve ter conteúdo não conflitante com o conteúdo da nova Constituição. Como é sabido, a nova Constituição inaugura uma nova ordem jurídica, rompendo com toda a ordem anterior. Logo, é evidente que a nova Constituição não permitirá que leis antigas, que contenham disposições contrárias aos seus comandos, ingressem no regime constitucional que se inicia. A compatibilidade com a nova Constituição é, portanto, aspecto essencial para o fim de recepção do direito pré-constitucional.

Finalmente, para que a norma pré-constitucional seja recepcionada é indispensável que ela tenha sido produzida de modo válido, isto é, de acordo com as regras estabelecidas pela Constituição de sua época. Se a norma foi produzida em **desacordo** com a Constituição de sua época, **não** poderá ser aproveitada (recepcionada) por Constituição futura. Ainda que essa norma, editada em desacordo com a Constituição de sua época, esteja em vigor no momento da promulgação da nova Constituição, e seja plenamente compatível com esta, não será juridicamente possível a sua recepção. Se a lei nasceu inconstitucional, não se admite que Carta Política futura a constitucionalize, vale dizer, no nosso ordenamento, **não** é juridicamente possível a ocorrência da **constitucionalidade superveniente.**

Isso assim é porque a constitucionalidade de certa lei diz respeito ao texto constitucional em vigor no momento de sua produção. E desse texto constitucional que é haurido o fundamento de validade da lei, quando ela é produzida. Logo, se a lei é produzida em desarmonia com a Constituição em vigor na data de sua produção, ela é inconstitucional, nula, irrita, e não

poderá ser aproveitada por um texto constitucional posterior, que, na época, sequer existia. Conforme afirmado acima, não se admite a ocorrência da constitucionalidade superveniente: ou a norma foi produzida em harmonia com a Constituição de sua época, e, portanto, nasceu válida; ou, em caso de conflito com a Constituição de sua época, já nasceu irrita, com o vício insanável da inconstitucionalidade, que não poderá ser convalidado por Constituição (ou emenda constitucional) posterior.

Para melhor compreendermos esse importante aspecto concernente à recepção do direito pré-constitucional, examinemos um caso hipotético.

Suponhamos uma lei editada em 1980, em desarmonia com a Constituição então em vigor (CF/1969). Em 5.10.1988, se essa lei já houvesse sido retirada do ordenamento jurídico, pela revogação ou mesmo pela declaração de sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, não haveria dúvida: ela **não** seria recepcionada pela Constituição de 1988, porque a recepção só alcança normas **em vigor** no momento da promulgação do novo texto constitucional. Entretanto, caso ela ainda integrasse o ordenamento jurídico (em virtude da não ocorrência de sua revogação nem da declaração de sua inconstitucionalidade) e fosse compatível com a Constituição de 1988, poderia ela ser recepcionada? A resposta é negativa. Se a lei foi produzida em desacordo com a Constituição de 1969, ainda que presente no ordenamento jurídico na data da promulgação da Constituição de 1988, não poderá ser recepcionada por esta.

Esse entendimento acima exposto, referente à impossibilidade jurídica de recepção, por Constituição futura, do direito pré-constitucional produzido em desacordo com a Constituição de sua época, é também aplicável à hipótese de promulgação de uma emenda constitucional. Assim, uma lei que fosse editada, hoje, em desarmonia com o texto constitucional em vigor, não poderia ser aproveitada posteriormente, por emenda constitucional. Vale dizer, ainda que emenda constitucional superveniente estabeleça novo tratamento à matéria, de modo que passe a ser compatível o texto da lei com as novas disposições constitucionais, não será juridicamente possível a recepção, pelos mesmos fundamentos acima explicitados.

Cabe ressaltar que esse entendimento não é pacífico na doutrina e jurisprudência pátrias. Na doutrina, embora entendamos ser essa a posição dominante, há constitucionalistas de renome que perfilham entendimento diverso, como, por exemplo, o Professor Celso Ribeiro Bastos.[10]

[10] Para Celso Ribeiro Bastos, com a substituição do texto constitucional pretérito pela nova Constituição, desaparece a relação de antinomia, pois "a única exigência para que o direito ordinário anterior sobreviva debaixo da nova Constituição é que não mantenha com ela nenhuma contrariedade, não importando que a mantivesse com a anterior, quer do ponto de vista material, quer formal".

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também não há unanimidade. A questão foi amplamente debatida no julgamento de recurso extraordinário" no qual se discutia a constitucionalidade da Lei n.° 9.718, de 27.11.1998, que fora editada em desarmonia com o texto originário da Constituição. No mês seguinte à publicação da Lei n.° 9.718, de 27.11.1998, a Emenda Constitucional n.° 20, de 15.12.1998, modificou o texto constitucional, que, só então, tornou-se compatível com as disposições legais. Por maioria, o Tribunal não aceitou a tese da "convalidação da Lei n.° 9.718/1998 pela Emenda Constitucional n.° 20/1998", seguindo o voto do Ministro Marco Aurélio, relator, do qual transcrevemos o seguinte trecho:[12]

> A hierarquia das fontes legais, a rigidez da Carta, a revelá-la documento supremo, conduz à necessidade de as leis hierarquicamente inferiores observarem-na, sob pena de transmudá-la, com nefasta inversão de valores. Ou bem a lei surge no cenário jurídico em harmonia com a Constituição Federal, ou com ela conflita, e aí afigura-se irrita, não sendo possível o aproveitamento, considerado texto constitucional posterior e que, portanto, à época não existia.
>
> Está consagrado que o vício da constitucionalidade há de ser assinalado em face dos parâmetros maiores, dos parâmetros da Lei Fundamental existentes no momento em que aperfeiçoado o ato normativo. A constitucionalidade de certo diploma legal deve se fazer presente de acordo com a ordem jurídica em vigor, não cabendo reverter a ordem natural das coisas.

Em linhas bastante simplificadas, constata-se que o direito pré-constitucional ordinário validamente produzido e em vigor no momento da promulgação da nova Constituição: (a) no caso de compatibilidade, será **recepcionado** pela nova Constituição; (b) no caso de incompatibilidade, será **revogado** pela nova Constituição.

[11] RE 346.084/PR, rei. Min. Marco Aurélio, 09.11.2005.

[12] Embora essa tenha sido a tese jurídica vencedora, merece destaque este trecho do voto (vencido) do Ministro Eros Grau, em sentido contrário:
"O § 1.° do artigo 3.° da Lei n.° 9.718/98, cuja inconstitucionalidade não foi declarada antes da vigência da EC 20/98 - logo gozava, até então, da presunção de constitucionalidade - foi recebido por essa emenda constitucional. A inconstitucionalidade pretérita não declarada resultou superada pelo recebimento do preceito pela EC 20/98. É certo que o vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Mas não é disso que aqui se trata, senão do recebimento, pela emenda constitucional, de lei publicada anteriormente a sua vigência, que não fora ou ainda não fora declarada inconstitucional. (...) O fenômeno da recepção, no entanto, conduz à superação de tudo isso. Pois o § 1,° do artigo 3.° da Lei n.c 9.718/98 não tendo sido ainda, no advento da emenda constitucional, retirado do ordenamento jurídico e sendo adequado a ela, continua a ter existência de modo [rejnovado, visto que novo é o seu fundamento derradeiro de validade: a EC 20/98."

Nos parágrafos seguintes pormenorizaremos como se dá o exame dessa **compatibilidade** entre o direito pré-constitucional e Constituição futura.

O primeiro ponto relevante diz respeito à identificação dos critérios que devem ser adotados nesse confronto entre direito ordinário pretérito e novo texto constitucional.

Deve-se anotar que, no cotejo entre norma antiga e nova Constituição, somente se leva em conta a denominada **compatibilidade material,** o que significa que será a norma recepcionada, se o seu conteúdo for compatível com a nova Constituição, ou será revogada, caso o seu conteúdo seja incompatível com a nova Constituição. Em todos os casos, são inteiramente irrelevantes quaisquer aspectos formais da norma antiga. Em resumo, no caso de compatibilidade material, teremos recepção; no caso de incompatibilidade material, teremos revogação.

É importante atentar para o fato de que a recepção ou revogação do ordenamento infraconstitucional passado não precisa ser expressa. Promulgada a nova Constituição, mesmo que não haja nenhum dispositivo em seu texto que assim disponha, ocorrerá, tacitamente, naquele momento, a revogação das normas pré-constitucionais com ela materialmente incompatíveis e a recepção daquelas com ela materialmente compatíveis.

Frise-se, uma vez mais, a irrelevância, para efeito de análise de eventual recepção da norma infraconstitucional pretérita, da chamada **compatibilidade formal,** concernente à forma de elaboração da norma e seu *status* no ordenamento constitucional pretérito. Eventual incompatibilidade formal não prejudicará, em nada, a recepção, desde que a norma antiga tenha sido validamente produzida, esteja em vigor e haja compatibilidade material entre ela e a nova Constituição.

Assim, não interessa, por exemplo, saber se há ou não correspondência entre o processo legislativo da época em que foi elaborada a norma antiga e o processo legislativo de elaboração da mesma espécie hoje, na vigência da nova Constituição. Uma norma pré-constitucional que tenha sido elaborada na vigência da Constituição Imperial de 1824 poderá ser recepcionada pela Constituição Federal de 1988, ainda que os processos legislativos dessas duas épocas sejam absolutamente distintos. Trata-se de aspecto meramente formal, que não interfere no processo de recepção do direito pré-constitucional.

Não importa, tampouco, questionar se existe ou não, na nova Constituição, a espécie normativa antiga, que disciplinava a matéria. Não é por outro motivo que temos atualmente diversos decretos-leis em pleno vigor, conquanto essa espécie normativa não mais integre o atual processo legislativo, na vigência da Constituição Federal de 1988.

Finalmente, não cabe perquirir se houve (ou não) mudança na determinação da espécie normativa exigida para disciplinar a matéria. Por exemplo,

o fato de a Constituição antiga exigir lei ordinária para o tratamento de determinada matéria e a nova Constituição só permitir que o mesmo assunto seja regulado por meio de lei complementar não prejudicará em nada a recepção da norma que, sob a Constituição pretérita, tenha sido validamente editada como lei ordinária.

O último ponto, entretanto, é importante para determinar a situação com que a norma recepcionada ingressa no novo ordenamento constitucional. Como se verá, o fato de uma norma ter sido editada, por exemplo, como lei ordinária, não significa que ela, ao ser recepcionada, terá, no novo ordenamento, o *status* de lei ordinária. Este será determinado pela nova Constituição, conforme a seguir explicamos.

A força *(status)*, no novo ordenamento constitucional, da norma pré-constitucional recepcionada será determinada pela nova Constituição, de acordo com a espécie normativa por ela exigida para a disciplina da matéria sobre a qual versa a norma antiga.

Assim, caso, na vigência da Constituição antiga, fosse exigida lei ordinária para regular a matéria, e a nova Constituição tenha passado a exigir lei complementar para o tratamento do mesmo assunto, a lei ordinária antiga (validamente produzida), sendo materialmente compatível com a nova Constituição, será sem dúvida recepcionada, mas o será com o *status* de lei complementar. Vale dizer, sob a nova Constituição a lei ordinária recepcionada terá força de lei complementar. Portanto, no novo ordenamento constitucional, só poderá ser alterada ou revogada por outra lei complementar, ou por ato normativo de superior hierarquia, como uma emenda à Constituição (não é correto afirmar que uma lei só possa ser revogada por outra lei; uma lei - ordinária, delegada ou complementar - pode, também, ser revogada por outra norma de superior hierarquia, como uma emenda à Constituição que com ela seja materialmente incompatível).

Exemplo concreto temos no Código Tributário Nacional (Lei n.° 5.172/1966), que, embora editado como lei ordinária - porque a Constituição de 1946 nem mesmo previa leis complementares em seu processo legislativo -, possui hoje força de lei complementar. Isso ocorre porque a Constituição Federal de 1988, no seu art. 146, exige lei complementar para dispor sobre normas gerais tributárias, e este é o conteúdo das disposições do Código Tributário Nacional. Por causa de seu *status*, para modificar o texto do Código Tributário Nacional, na vigência da Constituição Federal de 1988, é necessária a edição de lei complementar.

O mesmo raciocínio deve ser adotado na situação inversa. Por exemplo, se a Constituição pretérita exigia lei complementar para regular a matéria e a nova Constituição permite que o mesmo assunto seja disciplinado por lei ordinária, a lei complementar será recepcionada com *status* de lei

ordinária, podendo, no novo ordenamento constitucional, ser alterada ou revogada por leis ordinárias.

É verdade que poderá acontecer de uma norma pré-constitucional permanecer com a mesma força *(status)* no novo ordenamento constitucional. Se, na vigência da Constituição pretérita, determinada matéria era disciplinada por lei ordinária, e a nova Constituição continua a exigir lei ordinária para o seu tratamento, tal norma será recepcionada como lei ordinária. Mas, frise-se, permanecerá com *status* de lei ordinária não pelo fato de ter sido editada como lei ordinária no regime constitucional anterior, e sim pelo fato de a nova Constituição exigir lei ordinária para a disciplina da matéria de que trata a lei recepcionada.

Poderemos ter, ainda, mudança do ente federado competente para o tratamento da matéria, sem prejuízo para a recepção da lei. Assim, se, na vigência da Constituição pretérita, a competência para tratar de determinada matéria pertencia à União, e a nova Constituição atribuiu essa competência aos Estados ou aos Municípios, a lei federal pretérita poderá ser recepcionada com força de lei estadual ou municipal, conforme o caso. Com efeito, a simples alteração de competência do ente federado não prejudicará a recepção da norma antiga, se ela foi validamente editada e se houver compatibilidade material entre ela e a nova Constituição.

Exemplificando: suponha-se que, na vigência da Constituição pretérita, a competência para legislar e explorar o gás canalizado pertencesse à União, que, por isso, havia editado norma federal válida sobre a matéria, a qual estava em pleno vigor no momento da promulgação da Constituição Federal de 1988; nessa situação, como a Constituição atual outorgou essa competência aos estados-membros (CF, art. 25, § 2.°), a referida lei federal seria recepcionada com força de lei estadual (para evitar a descontinuidade jurídica, os estados-membros continuariam aplicando a lei federal pretérita até editarem suas próprias leis).

Outro ponto que merece comentário diz respeito à possibilidade de a recepção alcançar apenas partes de um ato normativo. A análise quanto à compatibilidade material deve ser feita de maneira individualizada, dispositivo por dispositivo, conforme a disciplina dada à matéria tratada em cada qual. É possível, por exemplo, em uma lei pretérita que tivesse quarenta artigos, apenas oito deles serem recepcionados.

Pode ocorrer, também, recepção de somente parte de um dispositivo da lei antiga que foi recepcionada. Assim, a parte final do *caput* de um artigo da lei pré-constitucional, ou alguma expressão desse mesmo *caput* podem não ter sido recepcionadas pela nova Constituição Federal de 1988; ou, em um artigo da lei antiga com diversos incisos, podem alguns incisos ter sido recepcionados, e outros revogados pela nova Constituição.

Da mesma forma, pode acontecer que, na mesma lei pré-constitucional, tenhamos dispositivos recepcionados com diferentes *status* pela nova Constituição. Imagine-se uma lei pré-constitucional com dois artigos que versem sobre matérias distintas, tendo a nova Constituição passado a exigir lei complementar para o tratamento da matéria regulada em um deles e continuado a permitir que lei ordinária discipline o assunto constante do outro. Nessa situação hipotética, um dos artigos seria recepcionado com força de lei complementar, e o outro com *status* de lei ordinária.

Conforme afirmamos acima, na data da promulgação da nova Constituição, as normas pré-constitucionais com ela materialmente incompatíveis são tacitamente revogadas, afastadas do ordenamento jurídico, enquanto as que, validamente produzidas, forem materialmente compatíveis são recepcionadas. Porém, ulteriormente, diante de um caso concreto, poderá surgir dúvida em relação à validade de determinada lei pré-constitucional, ou seja, sobre ela ter sido (ou não) recepcionada pela nova Constituição.

Em situações como essa, havendo controvérsia a respeito da revogação (ou da recepção) de alguma norma pré-constitucional, caberá ao Poder Judiciário decidir se a norma foi recepcionada ou revogada pela nova Constituição. De acordo com a interpretação dada ao texto e aos princípios da nova Constituição, fixará o Poder Judiciário o entendimento a respeito da recepção (ou da revogação) da norma antiga.

Entretanto, enfatize-se que a recepção ou revogação do direito pré-constitucional ocorre, sempre, na data da promulgação do novo texto constitucional. Não importa a data em que a recepção ou revogação venha a ser, diante de uma eventual controvérsia, declarada pelo Poder Judiciário. Se, diante de uma controvérsia concreta, o Supremo Tribunal Federal firma entendimento, hoje, de que determinada norma pré-constitucional foi revogada pela Constituição Federal de 1988, não estará essa revogação ocorrendo somente agora, com a prolação do acórdão pelo Tribunal. A decisão do Poder Judiciário será meramente declaratória, retroativa à data de promulgação da Constituição Federal (5.10.1988), isto é, o Poder Judiciário estará reconhecendo a revogação da norma pré-constitucional desde a promulgação do novo texto constitucional (5.10.1988). Igual raciocínio aplica-se à decisão do Poder Judiciário que reconheça, hoje, a recepção de norma pré-constitucional.

As emendas constitucionais têm o mesmo efeito sobre o direito ordinário a elas anterior, no que concerne à recepção ou à revogação das normas dele integrantes. Dessarte, quando é promulgada uma emenda constitucional, são revogadas as leis até então existentes, que sejam com ela materialmente incompatíveis, não cabendo cogitar de inconstitucionalidade superveniente frente à emenda. Na mesma esteira, permanecem em vigor as normas infraconstitucionais anteriores à emenda, validamente produzidas

e que não confiitem materialmente com ela, segundo as mesmas regras descritas quanto à recepção das normas ordinárias pretéritas por uma nova Constituição.

6.4.3. Direito ordinário pré-constitucional não vigente

Conforme visto antes, a recepção é fenômeno tácito, que ocorre independentemente de disposição expressa no texto da nova Constituição. Porém, só é juridicamente possível haver recepção do direito pré-constitucional cuja vigência não tenha cessado antes do momento da promulgação da nova Constituição. Se a norma não mais estiver no ordenamento jurídico no momento da promulgação da nova Constituição, não há que se falar em recepção.

Seria o caso, por exemplo, de uma lei que, editada em 1980, sob a vigência da Constituição Federal de 1969, tenha sido declarada inconstitucional em controle abstrato - portanto, retirada do ordenamento jurídico - dois dias antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, por ofensa à Constituição Federal de 1969. Seria, também, ainda exemplificando, a situação de uma lei editada na vigência da Constituição de 1967 que, em razão de incompatibilidade material, não tivesse sido recepcionada pela Constituição de 1969.

Em ambos os exemplos, seria irrelevante a eventual constatação de que essas leis tivessem conteúdo plenamente compatível com a Constituição Federal de 1988. A nova Constituição **não** restaura, automaticamente, tacitamente, a vigência das leis que não mais estejam em vigor no momento de sua promulgação.

Se o legislador constituinte assim desejar, a vigência das leis poderá ser restaurada pela nova Constituição, mas por meio de **disposição expressa** no seu texto. Tem-se, nesse caso, a denominada **repristinação,** que, como dito, forçosamente deve ser expressa.

Em síntese, para as leis que não estejam em vigor no momento de promulgação de uma nova Constituição, por terem sido, antes, retiradas do ordenamento jurídico, tem-se o seguinte: (a) se a nova Constituição nada disser a respeito, não haverá a restauração da vigência da lei (não haverá **repristinação tácita);** (b) a nova Constituição poderá restaurar a vigência da lei, desde que o faça expressamente (poderá ocorrer **repristinação expressa).**

O quadro abaixo sintetiza as diferenças entre recepção e repristinação do direito pré-constitucional.

Recepção	Repristinação
Direito pré-constitucional em vigor no momento da promulgação da nova Constituição	Direito pré-constitucional não mais vigente no momento da promulgação da nova Constituição
Fenômeno tácito, que ocorre independentemente de disposição expressa na nova Constituição	Fenômeno que só ocorre se houver disposição expressa na nova Constituição

6.4.4. Direito ordinário em período de vacatio legis

Situação diversa da estudada no tópico anterior é a da lei que esteja no período de *vacatio legis* no momento da promulgação de uma nova Constituição.

Conforme consabido, cabe ao legislador a fixação do momento de entrada em vigor da lei que ele edita. Usualmente, no Brasil, o legislador prevê o início da vigência da lei na data da sua publicação. Para tanto, insere, no texto da própria lei, um artigo determinando: "esta lei entra em vigor na data de sua publicação".

Nada impede, entretanto, que o legislador estabeleça outro momento, posterior à publicação, para o início da vigência da lei. Isso costuma acontecer quando a matéria tratada na lei possui reflexos muito relevantes nas relações sociais em geral. Ilustra essa asserção o Código Civil atual, publicado em janeiro de 2002, com previsão, em seu art. 2.044, de entrada em vigor um ano após a sua publicação.

O legislador poderá, ainda, ser omisso, não fixando no texto da lei a data de início da sua vigência. Nesse caso aplica-se o disposto no art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), segundo o qual a lei começa a vigorar em todo o país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada, e nos Estados estrangeiros depois de 3 (três) meses da publicação oficial.

Em todos os casos em que o início da vigência da lei é posterior à data de sua publicação, o período compreendido entre a publicação e a data de vigência é denominado *vacatio legis* (vacância da lei). A lei em vacância já integra o ordenamento jurídico, mas permanece sem vigência, sem incidir, sem força obrigatória para os seus destinatários.

Vejamos, agora, uma situação hipotética. Uma lei foi publicada em setembro de 1988, sem conter cláusula que dispusesse sobre seu inicio de vigência. Diante da omissão, essa lei só entraria em vigor no país 45 (quarenta e cinco) dias depois de sua publicação. Logo, na data da promulgação da Constituição Federal de 1988 (5.10.1988), a lei estaria no período da *vacatio legis.*

Cabe perquirir a possibilidade de essa lei entrar em vigor no ordenamento constitucional que se inicia. Embora não exista consenso a respeito, a posição doutrinária dominante é que a lei vacante não entrará em vigor no novo ordenamento constitucional, isto é, não poderá ela ser recepcionada pela nova Constituição. Segundo esse entendimento, o fato de a recepção do direito pré-constitucional válido e materialmente compatível só alcançar as normas que estejam em vigor na data da promulgação do novo texto constitucional impede a recepção de leis que estejam em vacância, porquanto, afinal, não são leis vigentes na data da promulgação da Constituição nova.

6.5. Controle de constitucionalidade do direito pré-constitucional

Neste item será estudada a forma como o Poder Judiciário aprecia, hoje, a validade do direito pré-constitucional (anterior a 05.10.1988).

As situações que ensejam análise são: (a) o controle de constitucionalidade do direito pré-constitucional em face da Constituição antiga (a que estava em vigor na época em que a norma objeto de controle foi editada); e (b) a aferição de validade do direito pré-constitucional em confronto com a Constituição futura (promulgada em momento posterior ao de edição da norma controlada e vigente na data de realização do controle).

A primeira questão concerne à possibilidade de se requerer ao Poder Judiciário, hoje, sob a vigência da Constituição Federal de 1988, a declaração da invalidade de uma lei antiga em face da Constituição antiga, da época em que tal lei foi editada (por exemplo, discutir a constitucionalidade de uma lei de 1970, em confronto com a Constituição de sua época, a Constituição de 1969).

Essa possibilidade existe. Mesmo quando promulgada uma nova Constituição, continua sendo cabível a discussão da validade das leis antigas em confronto com as Constituições antigas, da época da edição de tais leis.

Assim, no exemplo acima - discussão acerca da constitucionalidade de uma lei de 1970, em confronto com a Constituição de 1969 -, a provocação da manifestação do Poder Judiciário é admitida porque o indivíduo pode ter sido afetado por essa lei no período de vigência da Constituição de 1969 (até 04.10.1988, véspera da entrada em vigor da Constituição atual). Logo, ele poderá ter interesse em afastar a aplicação dessa lei naquele período (de 1970 até 04.10.1988), e, para isso, deverá obter do Poder Judiciário a declaração da invalidade da lei referentemente àquele período.

E relevante frisar que, em hipóteses que tais, conquanto se trate de impugnação de direito pré-constitucional, a decisão judicial será uma declaração de inconstitucional idade ou de constitucionalidade, e não de revogação ou recepção. Isso porque a aferição da validade do direito questionado é feita em face da Constituição da sua época (e não ante a Constituição Federal de 1988).

No controle do direito pré-constitucional em face da Constituição de sua época, o Poder Judiciário examinará a norma objeto da ação em confronto com a Carta pretérita quanto à compatibilidade material (de conteúdo) e também quanto à compatibilidade formal (validade do procedimento de elaboração e verificação se o instrumento normativo impugnado, por exemplo, lei ordinária ou lei complementar, é aquele formalmente exigido pela Constituição pretérita para tratar da matéria de que ele tratou). E assim é porque uma lei deve ser formal e materialmente compatível com a Constituição de sua época. Mesmo hoje, se for constatada incompatibilidade material ou incompatibilidade formal entre a lei pré-constitucional e a Constituição de sua época, a lei será declarada inconstitucional.

A fiscalização da validade do direito pré-constitucional em face da Constituição antiga não pode ser realizada mediante controle abstrato perante o STF, isto é, não poderá ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) ou argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

A razão é que, segundo o STF, o controle abstrato visa a proteger, somente, a Constituição vigente no momento em que ele é exercido, isto é, só pode ser instaurado, hoje, em face da Constituição Federal de 1988, jamais para fazer valer os termos de Constituições pretéritas.

O indivíduo só poderá discutir a validade do direito pré-constitucional em face da Constituição de sua época no controle difuso, diante de um caso concreto, podendo levar a questão ao conhecimento do STF, por meio do recurso extraordinário (RE).

Vejamos, agora, os pontos relevantes acerca do controle de constitucionalidade do direito pré-constitucional em face de Constituição futura, isto é, vejamos como o Poder Judiciário fiscaliza, hoje, a validade de uma lei pré-constitucional (publicada em 1985, por exemplo) em confronto com a Constituição Federal de 1988.

Em primeiro lugar, é importante atentar que esse controle de constitucionalidade não visa à declaração da inconstitucionalidade da norma pré-constitucional, pois não se pode falar em inconstitucionalidade de uma lei em face de uma Constituição a ela posterior.

O controle que ora apreciamos visa à solução de dúvida sobre a recepção ou a revogação de norma pré-constitucional pela nova Constituição. O Poder Judiciário simplesmente decidirá se a norma antiga foi revogada ou recepcionada pela Constituição a ela posterior.

Para essa verificação, só é relevante a aferição da compatibilidade material (de conteúdo) entre a norma pré-constitucional e a Constituição futura. Não cabe cogitar incompatibilidade formal nesses casos.

Se o Poder Judiciário entender que a lei pré-constitucional tem o conteúdo incompatível com a Constituição atual, deverá declará-la revogada; se considerar que há compatibilidade material, decidirá pela sua recepção. Não será perquirida compatibilidade formal entre a lei pretérita e a Constituição futura, porque, com a recepção, a lei simplesmente passa a desempenhar, no ordenamento jurídico que a recebe, o papel do instrumento normativo que a nova Constituição exige para a disciplina da matéria de que ela, a lei recepcionada, trata.

Vejamos, agora, os instrumentos de controle passíveis de serem usados pelo Poder Judiciário para apreciar o conflito entre lei pré-constitucional e Constituição futura.

O Poder Judiciário aprecia esse conflito no controle difuso, diante de casos concretos submetidos à sua apreciação, ou no controle abstrato, por meio de argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) proposta por um dos legitimados pela Constituição (CF, art. 103) perante o STF.

No controle difuso, a decisão proferida pelo Poder Judiciário só valerá para as partes do processo (eficácia *inter partes).*

No controle abstrato, as decisões proferidas pelo STF nas argüições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) são dotadas de eficácia geral (eficácia *erga omnes).*

Cabe destacar que **não** há incidência da regra de reserva de plenário (CF, art. 97), porquanto não se trata de juízo acerca da constitucionalidade da norma pré-constitucional. Significa dizer que a decisão que afirme que a lei pré-constitucional não foi recepcionada pela Constituição de 1988 (e, portanto, está revogada) pode ser proferida por órgão fracionário de tribunal.

Tampouco existe a possibilidade de submeter a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao Senado, para que este, exercendo a competência prevista no inciso X do art. 52, suspenda a execução da lei declarada não-recepcionada. Com efeito, como o controle do direito pré-constitucional em face da Constituição superveniente implica, tão-somente, declaração de que a lei materialmente incompatível com a Constituição foi revogada, não se pode pretender que o Senado suspenda a sua aplicação, uma vez que o inciso X do art. 52 da Carta Política só se aplica à "lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

O quadro a seguir apresenta uma síntese dos pontos estudados neste tópico:

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO PRÉ-CONSTITUCIONAL	
EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE SUA ÉPOCA	EM FACE DE CONSTITUIÇÃO FUTURA
Visa ao reconhecimento da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da lei	Visa ao reconhecimento da recepção ou da revogação da lei
Exame de compatibilidade material e formal	Exame somente da compatibilidade material
Só é realizado no controle difuso, diante de casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário	É realizado mediante controle difuso, diante de casos concretos, ou abstrato, mediante argüição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF

7. CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUANTO AO GRAU DE EFICÁCIA E APLICABILIDADE

As normas constitucionais são dotadas de variados graus de eficácia jurídica e aplicabilidade, de acordo com a normatividade que lhes tenha sido outorgada pelo constituinte, fato que motivou grandes doutrinadores a elaborarem diferentes propostas de classificação dessas normas quanto a esse aspecto.

O Constitucionalismo moderno refuta a idéia da existência de normas constitucionais desprovidas de eficácia jurídica. Reconhece-se que todas as normas constitucionais possuem eficácia,[13] mas se admite que elas se diferenciam quanto ao grau dessa eficácia e quanto a sua aplicabilidade.

Da constatação dessas diferenças, Ruy Barbosa, inspirado na doutrina norte-americana, já enquadrava as normas constitucionais em dois grupos:

a) normas "auto-executáveis" *(self-executing; self-enforcing\ self-acting),* preceitos constitucionais completos, que produzem seus plenos efeitos com a simples entrada em vigor da Constituição; e

b) normas "não auto-executáveis" *{not self-executing; not self-enforcing provisions* ou *not self-acting),* indicadoras de princípios, que necessitam de atuação legislativa posterior, que lhes dê plena aplicação.

[13] Conforme antes visto, na Constituição de 1988 há duas categorias de disposições que, embora integrantes de seu texto, são desprovidas de eficácia normativa: (a) o preâmbulo constitucional; e (b) as normas integrantes do ADCT, depois de ocorrida a situação nelas prevista, ou seja, depois de exaurido o seu objeto.

Além dessa classificação tradicional, apresentamos, a seguir, a consagrada classificação de José Afonso da Silva e, por fim, a elaborada por Maria Helena Diniz.

7.1. Classificação de José Afonso da Silva

O Professor José Afonso da Silva formulou uma classificação das normas constitucionais, que, sem dúvida, é a predominantemente adotada pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Para José Afonso da Silva, as normas constitucionais não podem ser classificadas em apenas duas categorias, pois há uma terceira espécie que não se encaixa, propriamente, em nenhum dos dois grupos idealizados pela doutrina americana. Dessa forma, o eminente constitucionalista pátrio classifica as normas constitucionais, quanto ao grau de eficácia, em:

a) normas constitucionais de eficácia plena;

b) normas constitucionais de eficácia contida;

c) normas constitucionais de eficácia limitada.

7.1.1. Normas de eficácia plena

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.

As normas de eficácia plena não exigem a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados. São, por isso, normas de aplicabilidade direta, imediata e integral.

7.1.2. Normas de eficácia contida

As normas constitucionais de eficácia contida são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

As normas de eficácia contida são, assim, normas constitucionais dotadas de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições que limitem sua eficácia e aplicabilidade. Essas restrições poderão ser impostas:

a) pelo legislador infraconstitucional *(e.g.,* art. 5.°, incisos VIII e XIII);

b) por outras normas constitucionais *{e.g.,* arts. 136 a 141, que, diante do estado de defesa e estado de sítio, impõem restrições aos direitos fundamentais);

c) como decorrência do uso, na própria norma constitucional, de conceitos ético-jurídicos consagrados, que comportam um variável grau de indeterminação, tais como ordem pública, segurança nacional, integridade nacional, bons costumes, necessidade ou utilidade pública, perigo público iminente (ao fixar esses conceitos, o Poder Público poderá limitar o alcance de normas constitucionais, como é o caso do art. 5.°, incisos XXIV e XXV, que impõem restrições ao direito de propriedade, estabelecido no inciso XXII do mesmo artigo).

Explica o Professor José Afonso da Silva que a peculiaridade das normas de eficácia contida configura-se nos seguintes pontos:

> a) são normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordmário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos;
>
> b) enquanto o legislador ordinário não expedir a normação restritiva, sua eficácia será plena; nisso também diferem das normas de eficácia limitada, de vez que a interferência do legislador ordinário, em relação a estas, tem o escopo de lhes conferir plena eficácia e aplicabilidade concreta e positiva;
>
> c) são de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam;
>
> d) algumas dessas normas já contêm um conceito ético juridicizado (bons costumes, ordem pública etc), com valor societário ou político a preservar, que implica a limitação de sua eficácia;
>
> e) sua eficácia pode ainda ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato (estado de sítio, por exemplo).

Em regra, as normas de eficácia contida exigem a atuação do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura. Entretanto, a atuação do legislador ordinário não será para tornar exercitável o direito nelas

previsto (este já é exercitável desde a promulgação do texto constitucional), mas sim para restringir, para impor restrições ao exercício desse direito.

Um bom exemplo de norma constitucional de eficácia contida é o art. 5.°, XIII:

> XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Essa norma assegura, desde logo, o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, mas sujeita-se à imposição de restrições por parte do legislador ordinário, devendo ser interpretada da seguinte maneira: (a) enquanto não estabelecidas em lei as qualificações profissionais necessárias para o exercício de determinada profissão, o seu exercício será amplo, vale dizer, qualquer pessoa poderá exercê-la; (b) em um momento seguinte, quando a lei vier a estabelecer as qualificações profissionais necessárias para o exercício dessa profissão, só poderão exercê-la aqueles que atenderem a essas qualificações previstas em lei.

Outro exemplo temos no inciso VIII do art. 5." da Constituição Federal, segundo o qual:

> VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Esse dispositivo assegura a liberdade de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, e deve ser assim interpretado: (a) a princípio, a liberdade religiosa ou de convicção filosófica ou política é ampla, sendo certo que ninguém será privado de direito por esses motivos; (b) a lei poderá, entretanto, fixar prestação alternativa àqueles que invocarem alguma crença ou convicção para eximir-se de obrigação legal a todos imposta; (c) uma vez fixada a prestação alternativa em lei, aquele que alegue motivo de crença religiosa ou convicção filosófica ou política, para eximir-se de obrigação legal a todos imposta, poderá ser privado de direito, caso se recuse, também, a cumprir a prestação alternativa.

Outro exemplo é o direito de propriedade. O inciso XXII do art. 5.° da Constituição garante o direito de propriedade, mas os incisos XXIV e XXV apresentam os elementos de sua limitação, permitindo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, bem como a requisição de propriedade particular pela autoridade competente no caso de perigo público iminente. Com efeito, embora a Constituição Federal assegure a imediata eficácia do direito de propriedade (art. 5.°, XXII), o mesmo

texto constitucional já autoriza a imposição de restrição ao seu gozo, por meio de conceitos jurídicos de larga aceitação, tais como "necessidade ou utilidade pública" e "interesse social" (na hipótese de desapropriação - art. 5.°, inciso XXIV) ou "iminente perigo público" (na hipótese de requisição administrativa - art. 5.°, XXV).

7.1.3. *Normas de eficácia limitada*

As normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que não produzem, com a simples entrada em vigor, os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

São de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente a partir de uma normação ulterior que lhes desenvolva a eficácia.

O Professor José Afonso da Silva ainda classifica as normas de eficácia limitada em dois grupos distintos:

a) as definidoras de princípio institutivo ou organizativo;

b) as definidoras de princípio programático.

As normas definidoras de princípio institutivo ou organizativo são aquelas pelas quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que, em um momento posterior, sejam estruturados em definitivo, mediante lei. São exemplos: "a lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios" (art. 33); "a lei disporá sobre a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios" (art. 88); "a lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional" (art. 91, § 2.°); "a lei disporá sobre a constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos da Justiça do Trabalho" (art. 113).

Por sua vez, essas normas constitucionais definidoras de princípio institutivo ou organizativo podem ser **impositivas** ou **facultativas.**

São **impositivas** aquelas que determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa *(e.g.*, art. 20, § 2.°; art. 32, § 4.°; art. 33; art. 88; art. 91, § 2.°).

São **facultativas** ou permissivas quando não impõem uma obrigação, mas se limitam a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineada *(e.g.*, art. 22, parágrafo único; art. 125, § 3.°; art. 195, § 4.°; art. 25, § 3.°; art. 154, I).

As normas constitucionais definidoras de princípios programáticos são aquelas em que o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a lhes traçar os princípios e diretrizes, para serem cumpridos pelos órgãos integrantes dos poderes constituídos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

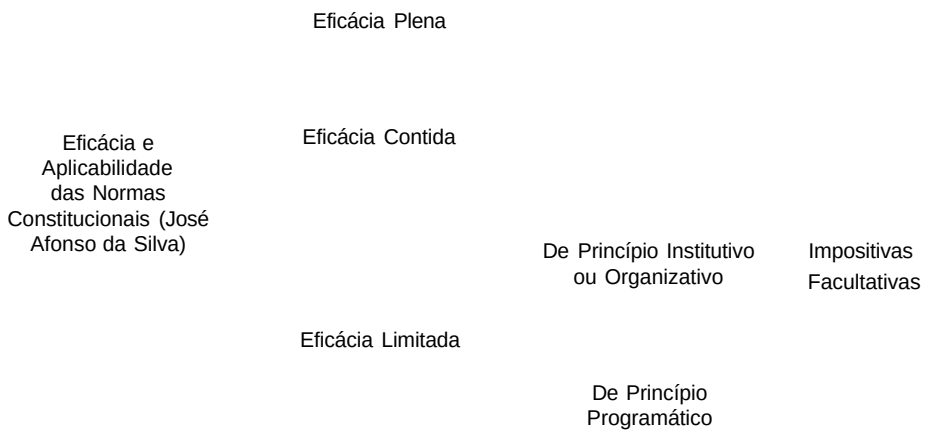
Constituem programas a serem realizados pelo Poder Público, disciplinando interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social; valorização do trabalho; amparo à família; combate ao analfabetismo etc. Esse grupo é composto pelas normas que a doutrina constitucional denomina **normas programáticas,** de que são exemplos o art. 7.°, XX; o art. 7.°, XXVII; o art. 173, § 4.°; o art. 216, § 3.°.

Finalizando, sintetizamos, abaixo, as principais distinções entre normas constitucionais de eficácia **contida** e normas constitucionais de eficácia **limitada:**

a) com a promulgação da Constituição, as normas de eficácia contida têm aplicação direta e imediata, isto é, o direito nelas previsto é imediatamente exercitável; as normas de eficácia limitada têm aplicação indireta e mediata, o que significa que o exercício do direito nelas previsto dependente da edição de regulamentação ordinária;

b) ambas requerem normatização legislativa, mas a finalidade dessa normatização ordinária é distinta - nas normas de eficácia contida, a normação ordinária imporá limites ao exercício do direito (que, até então, desde a promulgação da Constituição, era amplamente exercitável); nas normas de eficácia limitada, a regulação ordinária virá para assegurar, para tornar viável o pleno exercício do direito, até então não efetivo;

c) a ausência de regulamentação tem conseqüências distintas - no caso das normas de eficácia contida, enquanto não houver regulamentação ordinária, o exercício do direito é amplo (a legislação ordinária virá para impor restrições ao exercício desse direito); em se tratando de norma de eficácia limitada, enquanto não houver regulamentação ordinária, não há efetivo exercício do direito (a legislação ordinária virá para tornar pleno o exercício desse direito).



7.1.4. *Eficácia das normas programáticas*

Vimos que as normas constitucionais programáticas são aquelas de **eficácia limitada** que requerem dos órgãos estatais uma determinada atuação, na consecução de um objetivo traçado pelo legislador constituinte. Como a própria denominação indica, estabelecem um programa, um rumo inicialmente traçado pela Constituição - e que deve ser perseguido pelos órgãos estatais (exemplos: arts. 23, 205, 211, 215 e 218 da Constituição).

As normas programáticas não são normas voltadas para o indivíduo, e sim para os órgãos estatais, exigindo destes a consecução de determinados programas nelas traçados. São as denominadas **normas de eficácia limitada definidoras de princípios programáticos,** características de uma constituição do tipo dirigente, que exigem do Estado certa atuação futura, em um determinado rumo pré-definido.

Essas normas não produzem seus plenos efeitos com a mera promulgação da Constituição. Afinal, como estabelecem programas a serem concretizados no futuro, é certo que só produzirão seus plenos efeitos ulteriormente, quando esses programas forem, efetivamente, concretizados.

Entretanto, não se pode afirmar que as normas programáticas sejam desprovidas de eficácia jurídica enquanto não regulamentadas ou implementados os respectivos programas. As normas que integram uma Constituição do tipo rígida são jurídicas e, sendo jurídicas, têm normatividade. Afirmar que essas normas não produzem os seus plenos efeitos com a entrada em vigor da Constituição, antes da exigida regulamentação e implementação, não significa que sejam elas desprovidas de qualquer eficácia jurídica.

O constitucionalismo moderno firma que as normas programáticas, embora não produzam seus plenos efeitos de imediato, são dotadas da chamada **eficácia negativa,** isto é:

a) revogam as disposições contrárias ou incompatíveis com os seus comandos (o direito infraconstitucional anterior à norma constitucional programática não é recepcionado; diz-se que ela tem eficácia paralisante); e

b) impedem que sejam produzidas normas ulteriores que contrariem os programas por elas estabelecidos (a norma programática é paradigma para declaração de inconstitucionalidade do direito ordinário superveniente que lhe seja contrário; diz-se que ela tem eficácia impeditiva).

Além dessa eficácia negativa (paralisante e impeditiva), a norma programática também serve de parâmetro para a **interpretação** do texto constitucional, uma vez que o intérprete da Constituição deve levar em conta todos os seus comandos, com o fim de harmonizar o conjunto dos valores constitucionais como integrantes de uma unidade.

7.2. Classificação de Maria Helena Diniz

A Professora Maria Helena Diniz propõe uma classificação que combina os critérios da intangibilidade e da produção de efeitos concretos das normas constitucionais, segundo a qual temos as seguintes categorias de normas na Constituição:

a) normas com eficácia absoluta;

b) normas com eficácia plena;

c) normas com eficácia relativa restringível;

d) normas com eficácia relativa dependente de complementação legislativa.

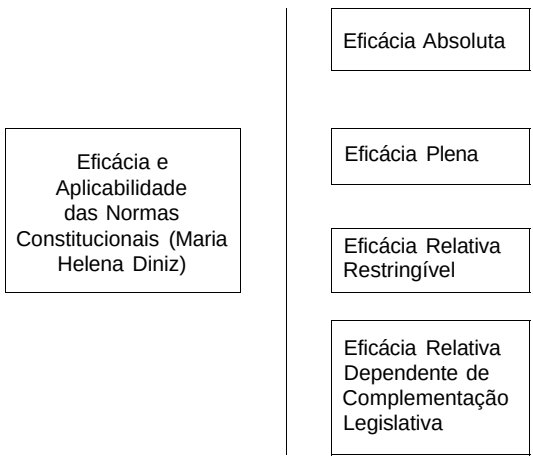
As normas de eficácia absoluta são normas constitucionais intangíveis, que não poderão ser contrariadas nem mesmo por meio de emenda constitucional. E o caso das cláusulas pétreas, previstas no art. 60, § 4.°, da Constituição Federal.

As normas com eficácia plena são aquelas plenamente eficazes desde a entrada em vigor da Constituição, por conterem todos os elementos imprescindíveis para que haja a produção imediata dos efeitos previstos. Diferem das normas de eficácia absoluta porque, ao contrário destas, poderão ser atingidas por emenda constitucional.

As normas com eficácia relativa restringível correspondem em sua descrição às que o Professor José Afonso da Silva denomina normas de eficácia

contida. Têm aplicabilidade imediata, embora sua eficácia possa ser reduzida, restringida nos casos e na forma que a lei estabelecer.

As normas com eficácia relativa dependente de complementação legislativa não têm aplicação imediata, por dependerem de norma posterior que lhes desenvolva a eficácia, para então permitir o exercício do direito ou benefício nelas consagrado. Sua possibilidade de produção de efeitos é mediata, pois, enquanto não for promulgada a legislação regulamentadora, não produzirão efeitos positivos, mas terão eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis e impeditiva de qualquer conduta contrária ao que estabelecerem.


Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais (Maria Helena Diniz)
Eficácia Absoluta
Eficácia Plena
Eficácia Relativa Restringível
Eficácia Relativa Dependente de Complementação Legislativa

8. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Interpretar as normas constitucionais significa compreender, investigar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional. Trata-se de tarefa não só dos tribunais do Poder Judiciário, mas também dos Poderes Legislativo e Executivo.

Sabe-se que a Constituição protege, simultaneamente, diferentes bens e direitos (integridade física e moral, liberdade de imprensa, liberdade de crença religiosa, propriedade etc), espelhando valores que poderão conflitar ou colidir em determinadas relações. Diante de um caso concreto, poderão entrar em confronto, por exemplo, o direito à liberdade de imprensa e a garantia da inviolabilidade da intimidade do indivíduo; ou, ainda, a liberdade de pensamento e a vedação ao racismo - e assim por diante.

Em situações como essas, torna-se indispensável a aplicação das técnicas de interpretação constitucional, não somente para solucionar, no

caso concreto, o conflito entre os bens constitucionalmente protegidos, mas, sobretudo, para conferir eficácia e aplicabilidade a todas as normas constitucionais.

A interpretação constitucional não tem natureza substancialmente diferente da que se opera em outras áreas. São, portanto, aplicáveis à interpretação constitucional os mesmos métodos de interpretação das demais normas jurídicas - gramatical, teleológico, sistemático, histórico etc. Ao lado destes, entretanto, como decorrência da superioridade hierárquica das normas constitucionais, existem alguns princípios e métodos próprios, que norteiam a interpretação das Constituições.

O Constitucionalismo moderno refuta a tese *in claris cessai interpretatio,*[14] que entendia ser desnecessária a interpretação se o conteúdo do dispositivo a ser aplicado fosse por demais evidente. Modernamente, é reconhecida a imprescindibilidade da interpretação em todos os casos, especialmente quando se trata de leis constitucionais.

Conforme nos ensina o constitucionalista Canotilho, "toda a norma é significativa, mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, o resultado da tarefa interpretativa".

8.1. Métodos de interpretação

Nos dias atuais, a interpretação das normas constitucionais realiza-se pela aplicação de um conjunto de métodos desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares, o que confirma a natureza unitária da atividade interpretativa.

O constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, não obstante reconheça o caráter holístico da atividade de interpretação constitucional, descreve seis diferentes métodos pelos quais ela pode se desenvolver, quais sejam: o método jurídico, o método tópico-problemático, o método hermenêutico-concretizador, o método científico-espiritual, a metódica jurídica normativo-estruturante e a interpretação comparativa.

Apresentamos, a seguir, uma síntese da lição do renomado constitucionalista luso acerca das características dos diferentes métodos.

O velho brocardo *in claris cessat interpretatio* pressupõe a existência de leis cuja redação, se bem cuidada, impediria dúvidas, obscuridades ou contradições, tornando dispensável a atividade interpretativa.

8.1.1. O método jurídico (método hermenêutico clássico)

O método jurídico adota a premissa de que a Constituição é, para todos os efeitos, uma lei. Logo, interpretar a Constituição é interpretar uma lei. Para captar o sentido da lei constitucional devem ser utilizados os cânones ou regras tradicionais da hermenêutica.

O sentido das normas constitucionais desvenda-se através da utilização, como elementos interpretativos: (a) do elemento filológico (literal, gramatical, textual); (b) do elemento lógico (sistemático); (c) do elemento histórico (análise do contexto em que se desenrolaram os trabalhos do constituinte e dos registros dos debates então travados); (d) do elemento teleológico (perquirição da finalidade da norma); (e) do elemento genético (investigação das origens dos conceitos empregados no texto constitucional).

Por esse método, atribui-se grande importância ao texto da Constituição, uma vez que este é adotado como ponto de partida para a tarefa do intérprete, e, sobretudo, como limite de sua atuação: a função do intérprete é desvendar o sentido do texto, sem ir além do teor literal dos seus preceitos, menos ainda contrariá-los.

8.1.2. O método tópico-problemático

O método tópico-problemático, no âmbito do direito constitucional, parte das seguintes premissas: (1) a interpretação constitucional deve ter um caráter prático, buscando resolver problemas concretos; (2) as normas constitucionais têm caráter fragmentário (não abrangem todas as situações passíveis de ocorrer na realidade social, mas só as mais relevantes) e indeterminado (possuem elevado grau de abstração e generalidade); (3) as normas constitucionais são abertas, por isso, não podem ser aplicadas mediante simples operações de subsunção (enquadramento direto de casos concretos nas hipóteses nelas descritas), o que implica deva ser dada preferência à discussão do problema.

Esse método, então, propõe a interpretação da Constituição mediante um processo aberto de argumentação entre os vários participantes (pluralismo de intérpretes), tentando adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto. Em síntese, procura-se solucionar o problema "encaixando" em uma norma constitucional, ou conjunto de normas, a solução que se pretende adotar.

Para J. J. Gomes Canotilho a adoção desse método merece sérias reticências, pois além de poder conduzir a um casuísmo sem limites, a interpretação não deveria partir do problema para a norma, mas desta para os problemas.

8.1.3. 0 método hermenêutico-concretizador

O método hermenêutico-concretizador reconhece a importância do aspecto subjetivo da interpretação, ou seja, da pré-compreensão que o intérprete possui acerca dos elementos envolvidos no texto a ser por ele interpretado.

Essa pré-compreensão faz com que o intérprete, na primeira leitura do texto, extraia dele um determinado conteúdo, que deve ser comparado com a realidade existente. Desse confronto, resulta a reformulação, pelo intérprete, de sua própria pré-compreensão, no intuito de harmonizar os conceitos por ele preconcebidos àquilo que deflui do texto constitucional, com base na observação da realidade social. Essa reformulação da pré-compreensão e conseqüente releitura do texto, cotejando cada novo conteúdo obtido com a realidade social, deve repetir-se sucessivamente, até que se chegue à solução mais harmoniosa para o problema.

Impõe-se, assim, um "movimento de ir e vir", do subjetivo para o objetivo - e, deste, de volta para aquele -, mediante comparação entre os diversos conteúdos que se extraem do texto, decorrentes de sucessivas reformulações da pré-compreensão do intérprete, e o contexto em que a norma deve ser aplicada (realidade social). Esse "movimento de ir e vir" é denominado "círculo hermenêutico".

Esse método reconhece que a interpretação implica um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efetua uma atividade prático-normativa, concretizando a norma, a partir de uma situação histórica concreta, para a esta aplicá-la. Não autoriza, entretanto, uma criação de sentido livre, exclusivamente a partir da pré-compreensão de conceitos que o intérprete traz consigo. Exige o método que o intérprete, paulatinamente, encontre o sentido do texto, comparando o resultado que advém de diversas leituras - cada qual baseada na sua pré-compreensão, sucessivamente reformulada - com a realidade a que ele deve ser aplicado.

No fundo, esse método vem realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: (1) os pressupostos subjetivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional; (2) os pressupostos objetivos, isto é, o contexto, atuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica; (3) relação entre o texto e o contexto com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em "movimento de ir e vir" (círculo hermenêutico).

O método hermenêutico-concretizador afasta-se do método tópico-problemático, porque enquanto o último pressupõe ou admite o primado do problema sobre a norma, o primeiro reconhece a prevalência do texto constitucional, ou seja, que se deve partir da norma constitucional para o problema.

8.7.4. *O método científico-espiritual*

Este método baseia-se na premissa de que o intérprete deve levar em conta os valores subjacentes ao texto constitucional, integrando o sentido de suas normas a partir da "captação espiritual" da realidade da comunidade. Adota-se a idéia de que a interpretação visa não tanto a dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente a compreender o sentido e a realidade da Constituição, em sua articulação com a integração espiritual real da comunidade.

Em síntese, o método científico-espiritual é um método de cunho sociológico, que analisa as normas constitucionais não tanto pelo seu sentido textual, mas precipuamente a partir da ordem de valores subjacente ao texto constitucional, a fim de alcançar a integração da Constituição com a realidade espiritual da comunidade.

8.7.5. *O metódo normativo-estruturante*

Este método dá relevância ao fato de não haver identidade entre norma jurídica e texto normativo. A norma constitucional abrange um "pedaço da realidade social"; ela é conformada não só pela atividade legislativa, mas também pela jurisdicional e pela administrativa.

Conseqüentemente, o intérprete deve identificar o conteúdo da norma constitucional mediante a análise de sua concretização normativa em todos os níveis. A tarefa de investigação compreende a interpretação do texto da norma (elemento literal da doutrina clássica), e também a verificação dos modos de sua concretização na realidade social.

Pretende-se que o conteúdo da norma, assim determinado, exatamente por levar em conta a concretização da Constituição na realidade social, seja aplicável à tomada de decisões na resolução de problemas práticos.

8.7.6. *A interpretação comparativa*

A interpretação comparativa pretende captar a evolução de institutos jurídicos, normas e conceitos nos vários ordenamentos jurídicos, identificando suas semelhanças e diferenças, com o intuito de esclarecer o significado que deve ser atribuído a determinados enunciados lingüísticos utilizados na formulação de normas constitucionais.

Por meio dessa comparação, é possível estabelecer uma comunicação entre várias Constituições e descobrir critérios aplicáveis na busca da melhor solução para determinados problemas concretos.

8.2. Princípios de interpretação

Ao lado dos métodos acima descritos - e como diretrizes de sua aplicação -, a doutrina identifica a existência de determinados princípios específicos de interpretação constitucional. Mais uma vez adotamos como referência a doutrina do constitucionalista lusitano J. J. Gomes Canotilho, para quem os seguintes princípios merecem nota: princípio da unidade da Constituição, princípio do efeito integrador, princípio da máxima efetividade, princípio da justeza, princípio da concordância prática e princípio da força normativa da Constituição.

8.2.1. Princípio do unidade da Constituição

Segundo este princípio, o texto de uma Constituição deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias) entre suas normas e, sobretudo, entre os princípios constitucionalmente estabelecidos.

O intérprete deve considerar a Constituição na sua globalidade, procurando harmonizar suas aparentes contradições; não pode interpretar suas disposições como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados em um sistema interno unitário de regras e princípios. O intérprete, os juizes e as demais autoridades encarregadas de aplicar os comandos constitucionais devem compreendê-los, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma unidade harmônica e sem contradições.

Como decorrência do princípio da unidade da Constituição, temos que:

a) todas as normas contidas numa Constituição formal têm igual dignidade - não há hierarquia, relação de subordinação entre os dispositivos da Lei Maior;

b) não existem normas constitucionais originárias inconstitucionais - devido à ausência de hierarquia entre os diferentes dispositivos constitucionais, não se pode reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma constitucional em face de outra, ainda que uma delas constitua cláusula pétrea;

c) não existem antinomias normativas verdadeiras entre os dispositivos constitucionais - o texto constitucional deverá ser lido e interpretado de modo harmônico e com ponderação de seus princípios, eliminando-se com isso eventuais antinomias aparentes.

8.2.2. Princípio do efeito integrador

Corolário do princípio da unidade da Constituição, o princípio integrador significa que, na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar

primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.

8.2.3. Princípio da máxima efetividade

O princípio da máxima efetividade (ou princípio da eficiência, ou princípio da interpretação efetiva) reza que o intérprete deve atribuir à norma constitucional o sentido que lhe dê maior eficácia, mais ampla efetividade social.

Embora sua origem esteja ligada à eficácia das normas programáticas, é hoje princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, sendo, sobretudo, invocado no âmbito dos direitos fundamentais (em caso de dúvida, deve-se preferir a interpretação que lhes reconheça maior eficácia).

8.2.4. Princípio da justeza

O princípio da justeza (ou da conformidade funcional) estabelece que o órgão encarregado de interpretar a Constituição não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional estabelecido pelo legislador constituinte.

Assim, a aplicação das normas constitucionais proposta pelo intérprete não pode implicar alteração na estrutura de repartição de poderes e exercício das competências constitucionais estabelecidas pelo poder constituinte originário.

8.2.5. Princípio da harmonização

Este princípio é decorrência lógica do princípio da unidade da Constituição, exigindo que os bens jurídicos constitucionalmente protegidos possam coexistir harmoniosamente, sem predomínio, em abstrato, de uns sobre outros.

O princípio da harmonização (ou da concordância prática) impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos - quando se verifique conflito ou concorrência entre eles - de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

Fundamenta-se na idéia de igualdade de valor dos bens constitucionais (ausência de hierarquia entre dispositivos constitucionais) que, no caso de conflito ou concorrência, impede, como solução, a aniquilação de uns pela aplicação de outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre esses dispositivos.

8.2.6. Princípio da força normativa da Constituição

Este princípio impõe que, na interpretação constitucional, seja dada prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da Lei Fundamental.

Segundo esse postulado, o intérprete deve valorizar as soluções que possibilitem a atualização normativa, a eficácia e a permanência da Constituição.

Enfim, o intérprete não deve negar eficácia ao texto constitucional, mas sim lhe conferir a máxima aplicabilidade.

8.2.7. Interpretação conforme a Constituição

O princípio da interpretação conforme a Constituição impõe que, no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas (que admitem mais de uma interpretação), dê-se preferência à interpretação que lhes compatibilize o sentido com o conteúdo da Constituição.

Como decorrência desse princípio, temos que:

a) dentre as várias possibilidades de interpretação, deve-se escolher a que não seja contrária ao texto da Constituição;

b) a regra é a conservação da validade da lei, e não a declaração de sua inconstitucionalidade; uma lei não deve ser declarada inconstitucional quando for possível conferir a ela uma interpretação em conformidade com a Constituição.

Porém, a doutrina e a jurisprudência apontam limites à utilização da interpretação conforme a Constituição:

a) o intérprete não pode contrariar o texto literal e o sentido da norma interpretada, a fim de obter concordância da lei com a Constituição;

b) a interpretação conforme a Constituição só é admitida quando existe, de fato, um espaço de decisão (espaço de interpretação) em que sejam admissíveis várias propostas interpretativas, estando pelo menos uma delas em conformidade com a Constituição, que deve ser preferida às outras, em desconformidade com ela;

c) no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma lei inequivocamente em contradição com a Constituição, não se pode utilizar a interpretação conforme a Constituição; nessa hipótese, impõe-se a declaração da inconstitucionalidade da norma;

d) deve o intérprete zelar pela manutenção da vontade do legislador, devendo ser afastada a interpretação conforme a Constituição, quando dela resultar uma regulação distinta daquela originariamente almejada pelo legislador. Se o resultado interpretativo conduz a uma regra em manifesta dissintonia com os objetivos pretendidos pelo legislador, há que ser afastada a interpretação conforme a Constituição, sob pena de transformar o intérprete em ilegítimo legislador positivo.

8.3. Teoria dos poderes implícitos

Para finalizar o assunto "interpretação da Constituição", cabe mencionar, brevemente, a denominada "teoria dos poderes implícitos" *{implied powers).*

Essa doutrina, desenvolvida pelo constitucionalismo norte-americano, adota a premissa de que a atribuição, pela Constituição, de uma determinada competência a um órgão, ou o estabelecimento de um fim a ser por ele atingido, implicitamente confere os poderes necessários à execução dessa competência ou à consecução desse fim (se a Constituição pretende o fim, entende-se que tenha assegurado os meios para a satisfação desse fim).

Segundo esse postulado, a atribuição de competências constitucionais implica a correspondente atribuição de capacidade para o seu exercício. Dessa forma, na interpretação da abrangência ou do conteúdo de um poder constitucionalmente atribuído, todos os meios ordinários e apropriados a executá-lo devem ser vistos como parte desse próprio poder. Vale dizer, sempre que a Constituição outorga um poder, uma competência, ou indica um fim a ser atingido, incluídos estão, implicitamente, todos os meios necessários à sua efetivação, desde que guardada uma relação de adequação entre os meios e o fim (princípio da proporcionalidade).

Em resumo, para os que propugnam essa doutrina, a outorga constitucional de uma competência, ou a indicação de um objetivo a ser atingido, deve ser interpretada presumindo-se que às autoridades públicas foram, simultânea e implicitamente, conferidos os poderes necessários e suficientes para o desempenho daquela competência ou para a concretização material daquele objetivo.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, em importantes julgados, a aplicabilidade da teoria dos poderes implícitos no Brasil. Com fundamento nessa teoria, por exemplo, nossa Corte Suprema reconheceu ao Tribunal de Contas da União competência para a concessão de **medidas cautelares** no desempenho de suas atribuições constitucionais, estabelecidas no art. 71 da Carta da República. Conforme o entendimento do STF, vale frisar, o fato de o art. 71 da Constituição Federal outorgar

explicitamente diversas atribuições ao Tribunal de Contas da União implica reconhecer a outorga **implícita** dos meios necessários à integral e eficiente realização de tais atribuições, dentre os quais a concessão de medidas cautelares, quando tal providência for indispensável para garantir a efetividade de suas decisões de mérito.

Capítulo 2

PODER CONSTITUINTE

1. CONCEITO

Nos Estados que adotam Constituição do tipo rígida, há uma nítida distinção entre o processo legislativo de elaboração de normas constitucionais e o processo legislativo de elaboração das demais normas do ordenamento.

Nesses Estados, identificam-se duas categorias de legisladores, a saber: o legislador constituinte, com competência para elaborar normas constitucionais, e o legislador ordinário, com competência para elaborar as normas infraconstitucionais do ordenamento.

O poder constituinte é aquele exercido pelo primeiro dos legisladores mencionados, ou seja, é o poder de elaborar e modificar normas constitucionais. E, assim, o poder de estabelecer a Constituição de um Estado, ou de modificar a Constituição já existente.

A teoria do poder constituinte foi inicialmente esboçada pelo abade francês Emmanuel Sieyès, alguns meses antes da Revolução Francesa, em sua obra "Qu'est-ce que le Tiers-État?" ("O que é o Terceiro Estado?")- Inspirou-se nas idéias iluministas em voga no século XVIII, e foi aperfeiçoada pelos constitucionalistas franceses posteriores, com destaque para Carré de Malberg (que incorporou a ela a idéia de soberania popular, preconizada por Rousseau).

O ponto fundamental dessa teoria - que explica a afirmação de que ela somente se aplica a Estados que adotam Constituição escrita e rígida, e faz com que ela alicerce o princípio da supremacia constitucional - é a distin-

ção entre poder constituinte e poderes constituídos. O poder constituinte é o poder que cria a Constituição. Os poderes constituídos são o resultado dessa criação, isto é, são os poderes estabelecidos pela Constituição.

2. TITULARIDADE E EXERCÍCIO

A teoria do poder constituinte está relacionada com a legitimidade do poder, com a soberania nacional e a soberania popular em um dado Estado. Nasceu do fortalecimento do racionalismo, em oposição ao poder absoluto das monarquias de direito divino, com a invocação da substituição de *Deus* pela *nação* (Sieyès), ou pelo *povo*, como titular da soberania.

Contemporaneamente, é hegemônico o entendimento de que o titular do poder constituinte é o **povo,** pois só este tem legitimidade para determinar quando e como deve ser elaborada uma nova Constituição, ou modificada a já existente. A soberania popular, que é, na essência, o poder constituinte do povo, é a fonte única de que procedem todos os poderes públicos do Estado.

O poder constituinte **originário** pode manifestar-se na criação de um novo Estado (por exemplo, as desintegrações do Império Otomano, da União Soviética, da Iugoslávia deram origem a vários novos Estados), ou na re-fundação de um Estado, com a substituição de uma Constituição por outra, como ocorre no caso de golpe, revolução, desagregação social, ou mesmo, se assim desejar o povo, em períodos de normalidade social.

Conquanto na atualidade haja um consenso teórico em afirmar que é o povo o **titular** do poder constituinte, o seu **exercício** nem sempre tem se realizado democraticamente. De fato, em diversos países o poder constituinte tem sido exercido por ditadores ou por grupos que se alçam ao poder mediante a ruptura da ordem democrática, resultando na criação autocrática da Constituição. Trata-se de uma forma de exercício do poder constituinte pela única vontade do detentor do poder, sem nenhuma representação nem participação do povo.

Observa-se, assim, que, não obstante a titularidade do poder constituinte seja sempre do povo, temos duas formas distintas para o seu **exercício." democrática** (poder constituinte legítimo) ou **autocrática** (poder constituinte usurpado).

O exercício autocrático do poder constituinte caracteriza-se pela denominada **outorga:** estabelecimento da Constituição pelo indivíduo, ou grupo, líder do movimento revolucionário que o alçou ao poder, sem a participação popular. É ato unilateral do governante, que autolimita o seu poder e impõe

as normas constitucionais ao povo (e, teoricamente, a si mesmo). A outorga constitui, portanto, a criação autocrática da Constituição, um exercício do poder constituinte pela única vontade do detentor do poder, sem a representação nem participação dos governados, do povo, destinatários do poder. Temos, nesse caso, o que a doutrina chama de poder constituinte usurpado (Jorge Miranda; Paulo Bonavides).

O exercício democrático do poder constituinte ocorre pela **assembléia nacional constituinte** ou **convenção:** o povo escolhe seus representantes (democracia representativa), que formam o órgão constituinte, incumbido de elaborar a Constituição do tipo **promulgada.**

A atuação do poder constituinte por meio de uma assembléia nacional constituinte ou convenção composta de representantes do povo democraticamente eleitos é a forma típica de exercício democrático do poder constituinte, desde as origens do constitucionalismo (Convenção de Filadélfia de 1787 e Assembléia Nacional Francesa de 1789). Com a utilização desse sistema, o povo, legítimo titular do poder constituinte, democraticamente, confere poderes a seus representantes especialmente eleitos para a elaboração e promulgação da Constituição.

No exercício democrático do poder constituinte pode, ainda, haver maior participação popular do que a verificada na mera eleição de representantes para compor o órgão constituinte (democracia representativa).

Com efeito, é possível a participação direta do povo no processo de elaboração ou de aprovação da Constituição (democracia participativa), por meio de plebiscito ou referendo, ou mediante apresentação, ao órgão constituinte, de propostas populares de dispositivos constitucionais para serem apreciadas e, se aprovadas (com ou sem modificações), incorporadas ao texto da Constituição (uma espécie de "iniciativa popular constitucional").

Historicamente, tem sido mais freqüente a democracia participativa traduzir-se na sujeição do texto constitucional à aprovação do povo: a Constituição é elaborada pela assembléia constituinte ou convenção e, ulteriormente, submetida a aprovação ou rejeição pelo povo, em sufrágio - referendo popular.

Na história constitucional do Brasil, o poder constituinte nem sempre se exercitou segundo o princípio da legitimidade democrática. Além disso, nenhuma de nossas Constituições teve seu texto, elaborado pelo órgão constituinte formalmente incumbido dessa tarefa, aprovado em referendo popular (somente a Constituição de 1937, autoritária, outorgada, previa um plebiscito para a aprovação de seu texto, mas esse plebiscito nunca chegou a ser convocado - caso tivesse ocorrido, teria sido um caso típico de Constituição cesarista). Todas as nossas Constituições democráticas foram promulgadas diretamente pela assembléia constituinte, sem qualquer participação popular direta no ato de promulgação.

Apesar disso, podemos apontar como resultantes do exercício legítimo (democrático) do poder constituinte as Constituições de 1891, de 1934, de 1946, e a vigente, de 1988. Foram outorgadas, resultando de usurpação do poder constituinte, as Cartas de 1824, 1937, 1967 e 1969.

Seja qual for a forma de **exercício** do poder constituinte - legítima ou mediante usurpação - um ponto deve ficar claro: sempre que houver ruptura da ordem constitucional estabelecida, e sua substituição por uma outra, ocorre **manifestação do poder constituinte,** ou seja, a nova Constituição será sempre obra do poder constituinte, mesmo que imposta mediante exercício ilegítimo desse poder.

O fato de residir no povo a titularidade do poder constituinte não tem relevância para determinar quando há manifestação do poder constituinte, vale dizer, mesmo nos casos em que há usurpação desse poder, e uma nova Constituição é outorgada por um ato autoritário, não democrático, o só fato de substituir-se o ordenamento constitucional vigente por um outro consubstancia manifestação do poder constituinte; essa criação e imposição de uma nova ordem constitucional é obra do poder constituinte originário.

3. ESPÉCIES

São duas as clássicas espécies de poder constituinte identificadas pela doutrina: o originário e o derivado.

Poder constituinte originário (genuíno, primário, de primeiro grau ou inicial) é o poder de elaborar uma Constituição.

O poder constituinte originário faz a Constituição e não se prende a limites formais. É um poder essencialmente **político,** extrajurídico ou pré-jurídico, pois faz nascer a ordem jurídica, isto é, a ordem jurídica começa com ele, è não antes dele. É o poder de criar uma Constituição, quando o Estado é novo (poder constituinte originário *histórico),* ou quando uma Constituição é substituída por outra, em um Estado já existente (poder constituinte originário *revolucionário).*

É um poder **inicial** (sua obra é a base da ordem jurídica, pois cria um novo Estado, rompendo completamente com a ordem anterior), **ilimitado, autônomo** (não tem que respeitar limites postos pelo direito anterior) e **incondicionado** (não está sujeito a qualquer forma prefixada para manifestar sua vontade, isto é, não está obrigado a seguir qualquer procedimento predeterminado para realizar a sua obra).

O caráter ilimitado do poder constituinte originário faz com que, entre nós, não seja juridicamente possível fiscalizar a validade de sua obra, vale

dizer, não é juridicamente possível ao Poder Judiciário fiscalizar a validade das normas inseridas na Constituição, no momento de sua elaboração, pelo poder constituinte originário. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é mansa a respeito, visto que o poder constituinte não se encontra sujeito a quaisquer limites impostos pela ordem jurídica interna, tampouco a limitações de ordem suprapositiva.

O poder constituinte originário é também um poder **permanente,** pois não se esgota no momento do seu exercício. Mesmo depois de elaborada uma nova Constituição, o poder constituinte permanece em estado de dormência, de latência, na titularidade do povo, aguardando um momento ulterior oportuno, para nova manifestação, por meio de um movimento revolucionário, que convoque uma nova assembléia nacional constituinte ou outorgue uma nova Carta Política.

Alguns constitucionalistas fazem a ressalva de que o poder constituinte originário deve ser visto como ilimitado e incondicionado somente no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, porque, no plano externo, não estaria legitimado a violar regras mínimas de convivência com outros Estados soberanos, estabelecidas no Direito Internacional. O Direito Internacional funcionaria, pois, como uma limitação ao poder constituinte originário, visto que seria juridicamente inaceitável, contemporaneamente, por exemplo, a elaboração de uma Constituição que contivesse normas frontalmente contrárias às regras internacionais de proteção aos direitos humanos.

Na mesma linha, há autores que propugnam a existência de limites impostos pelo direito natural à atuação do poder constituinte originário. Para eles, imperativos de direito suprapositivo, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica coletiva imporiam limites ao conteúdo das normas constitucionais postas pelo constituinte originário.

Existe, ainda, uma terceira espécie de objeção, de ordem lógica, ao caráter ilimitado do poder constituinte originário. Importantes constitucionalistas afirmam que não poderiam ser estabelecidas na Constituição normas que impliquem a aniquilação ou o desaparecimento do Estado, a abdicação à sua soberania ou à sua identidade (seria inválido, por exemplo, dispositivo constitucional que previsse a anexação do Estado por outro).

Em que pesem essas ressalvas - algumas, como a última, inegavelmente congruentes com a própria natureza do poder constituinte - no Brasil predomina a doutrina positivista, segundo a qual não há limites à atuação do poder constituinte originário. Com isso, pode-se dizer que, teoricamente, o poder constituinte originário, em nosso País, é ilimitado na sua função de iniciar a ordem jurídica do novo Estado, não devendo obediência ao direito internacional, tampouco a considerações de ordem suprapositiva, advindas do direito natural, ou a quaisquer outras.

O poder constituinte derivado (instituído, constituído ou de segundo grau) está previsto e regulado no texto da própria Constituição, sendo, por isso, essencialmente **jurídico.** É exercido por um órgão constitucional, conhece limitações constitucionais expressas e implícitas e, por isso, é passível de controle de constitucionalidade.

E um poder criado pelo poder constituinte originário. Tem como características ser um poder **derivado** (é instituído pelo poder constituinte originário), **subordinado** (encontra limitações constitucionais expressas e implícitas, não podendo desrespeitá-las, sob pena de inconstitucionalidade) e **condicionado** (sua atuação deve observar fielmente as regras predeterminadas pelo texto constitucional).

O poder constituinte derivado subdivide-se em poder constituinte reformador e poder constituinte decorrente.

O poder constituinte derivado reformador (de reforma, de emenda) é o poder de modificar a Constituição Federal de 1988, desde que respeitadas as regras e limitações impostas pelo poder constituinte originário. Esse poder de modificação do texto constitucional baseia-se na idéia de que o povo tem sempre o direito de rever e reformar a Constituição. Na Constituição Federal de 1988, o exercício do poder constituinte derivado é atribuído ao Congresso Nacional, que pode alterar o texto constitucional, desde que respeitados os procedimentos e limitações especiais estabelecidos para que essa modificação seja formalizada.

Na Constituição Federal de 1988 podemos falar, ainda, mais especificamente, em poder *constituinte derivado reformador* e *poder constituinte derivado revisor,* haja vista que foram estabelecidos dois procedimentos distintos para modificação do texto constitucional, a saber: o procedimento de *reforma,* previsto no art. 60 da Constituição, e o procedimento de *revisão,* previsto no art. 3." do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT (esses procedimentos e limitações serão examinados em momento futuro, no estudo das regras de modificação da CF/88).

A doutrina classifica as limitações que podem ser impostas pelo poder constituinte originário à atuação do poder constituinte derivado, ao modificar o texto constitucional, em quatro grupos, a saber:

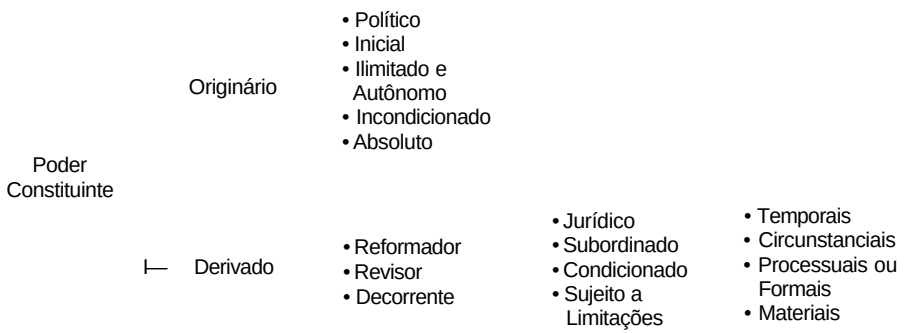
a) **temporais** - quando a Constituição estabelece um período durante o qual o seu texto não pode ser modificado;

b) **circunstanciais** - quando a Constituição veda a sua modificação durante certas circunstâncias excepcionais, de conturbação da vida do Estado;

c) **materiais** - quando a Constituição enumera certas matérias que não poderão ser abolidas do seu texto pelo reformador;

d) processuais ou formais - quando a Constituição estabelece certas exigências no processo legislativo de aprovação de sua modificação, tornando este distinto e mais laborioso do que aquele estabelecido para a elaboração das demais leis do ordenamento (é a existência dessas limitações que caracteriza uma Constituição como rígida).

O **poder constituinte derivado decorrente** é o poder que a Constituição Federal de 1988 atribui aos estados-membros para se auto-organizarem, por meio da elaboração de suas próprias Constituições. É, portanto, a competência atribuída pelo poder constituinte originário aos estados-membros para criarem suas próprias Constituições, desde que observadas as regras e limitações impostas pela Constituição Federal.



Capítulo 3

PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

O Título I da Constituição brasileira de 1988, composto por quatro artigos, é dedicado aos denominados "princípios fundamentais" do Estado brasileiro. O nosso constituinte utilizou essa expressão genérica para traduzir a idéia de que nesses primeiros quatro artigos já se estabelecem a forma do nosso Estado e de seu governo, proclama-se o regime político democrático fundado na soberania popular e institui-se a garantia da separação de funções entre os poderes. Também neles encontram-se os valores e os fins mais gerais orientadores de nosso ordenamento constitucional, funcionando como diretrizes para todos os órgãos mediante os quais atuam os poderes constituídos.

O art. l.° da Constituição, em seu *caput,* resume a um só tempo, em uma única sentença, as características mais essenciais do Estado brasileiro: trata-se de uma federação (forma de Estado), de uma república (forma de governo), que adota o regime político democrático (traz ínsita a idéia de soberania assentada no povo); constitui, ademais, um Estado de Direito (implica a noção de limitação do poder e de garantia de direitos fundamentais aos particulares).

Todas essas noções nucleares acerca da estrutura do Estado e do funcionamento do poder político encontram-se assim sintetizadas (grifamos):

> Art. 1.° A **República Federativa** do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito...**

> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A **forma de Estado** adotada no Brasil é a de uma **federação,** o que significa a coexistência, no mesmo território, de unidades dotadas de autonomia política, que possuem competências próprias discriminadas diretamente no texto constitucional.

A Federação brasileira é composta pela União, estados-membros, Distrito Federal e municípios (CF, art. l.° e art. 18). Todos eles são pessoas jurídicas de direito público autônomas e encontram-se sujeitos ao **princípio da indissolubilidade do vínculo federativo** (não existe em nosso País o direito de secessão).

Essas pessoas políticas descentralizadas possuem poder de auto-organização, competências legislativas e administrativas e autonomia financeira (têm competências tributárias próprias). Além disso, os estados e o Distrito Federal são representados no órgão formador da vontade política geral do Estado (têm representação no Congresso Nacional - CF, art. 46) e podem propor emendas à Constituição (CF, art. 60, III).

Deve-se anotar, por fim, que a forma federativa de Estado é, no Brasil, **cláusula pétrea,** não podendo ser nem mesmo objeto de deliberação qualquer proposta de emenda constitucional tendente a aboli-la (CF, art. 60, § 4.°, I).

O Brasil é uma **República.** Essa é a **forma de governo** adotada em nosso País desde 15 de novembro de 1889, consagrada na Constituição de 1891 e em todas as Constituições subseqüentes.

A Constituição de 1988 não erigiu a forma republicana de governo ao *status* de cláusula pétrea. Entretanto, o desrespeito ao princípio republicano pelos estados-membros ou pelo Distrito Federal constitui motivo ensejador de medida drástica: a intervenção federal (art. 34, VII, "a").

Preleciona José Afonso da Silva que forma de governo "é conceito que se refere à maneira como se dá a instituição do poder na sociedade e como se dá a relação entre governantes e governados. Responde à questão de quem deve exercer o poder e como este se exerce".

A mais notória característica formal das repúblicas é a necessidade de alternância no poder. Entretanto, como assinala a mais abalizada doutrina, não é suficiente essa formalidade para que tenhamos uma república em seu sentido mais nobre, de "coisa pública". O conceito de república, hoje, encontra-se irremediavelmente imbricado com o princípio democrático e com o princípio da igualdade (ausência de privilégios em razão de estirpe).

Em suma, conforme a excepcional síntese de Roque Antônio Carrazza, a república é a forma de governo fundada na igualdade jurídica das pessoas, em que os detentores do poder político exercem-no em caráter eletivo, representativo, transitório e com responsabilidade.

Quanto ao **regime político,** o *caput* do art. 1.° da Constituição afirma que o Brasil "constitui-se em Estado Democrático de Direito". Em suas origens, o conceito de "Estado de Direito" estava ligado tão-somente à idéia de limitação do poder e sujeição do governo a leis gerais e abstratas. A noção de Estado democrático é posterior, e relaciona-se à necessidade de que seja assegurada a participação popular no exercício do poder, que deve, ademais, ter por fim a obtenção de uma igualdade material entre os indivíduos.

Atualmente, a concepção de "Estado de Direito" é indissociável do conceito de "Estado Democrático", o que faz com que a expressão "Estado Democrático de Direito" traduza a idéia de um Estado em que todas as pessoas e todos os poderes estão sujeitos ao império da lei e do Direito e no qual os poderes públicos sejam exercidos por representantes do povo visando a assegurar a todos uma igualdade material (condições materiais mínimas necessárias a uma existência digna).

Reforça o **princípio democrático** o parágrafo único do art. 1.° da CF/88, ao declarar que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Democracia, na célebre conceituação de Lincoln, é o governo do povo, pelo povo e para o povo. Tradicionalmente, identificam-se como elementos essenciais do regime democrático: o princípio da maioria, o princípio da liberdade e o princípio da igualdade.

O parágrafo único do art. 1.° da Carta da República permite concluir que em nosso Estado vigora a denominada democracia **semidireta,** ou participativa, na qual são conjugados o princípio representativo com os institutos da democracia direta (plebiscito, referendo, iniciativa popular).

O art. 1.° da Constituição de 1988, a par de estabelecer a forma do Estado brasileiro (federação), a forma de seu governo (república) e o regime de governo (democracia participativa fundada na soberania popular), enumera, em seus quatro incisos, os valores maiores que orientam nosso Estado.

O constituinte denominou esses valores mais gerais de "fundamentos da República Federativa do Brasil", exatamente para transmitir a noção de alicerces, de vigas mestras de nossa ordenação político-jurídica.

Os fundamentos da República Federativa do Brasil são: (1) a soberania; (2) a cidadania; (3) a dignidade da pessoa humana; (4) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e (5) o pluralismo político.

A **soberania** significa que o poder do Estado brasileiro, na ordem interna, é superior a todas as demais manifestações de poder, não é superado por nenhuma outra forma de poder, ao passo que, em âmbito internacional, encontra-se em igualdade com os demais Estados independentes.

Ao alçar a **cidadania** a fundamento de nosso Estado, o constituinte está utilizando essa expressão em sentido abrangente, e não apenas técnico-jurídico. Não se satisfaz a cidadania aqui enunciada com a simples atribuição formal de direitos políticos ativos e passivos aos brasileiros que atendam aos requisitos legais. E necessário que o Poder Público atue, concretamente, a fim de incentivar e oferecer condições propícias à efetiva participação política dos indivíduos na condução dos negócios do Estado, fazendo valer seus direitos, controlando os atos dos órgãos públicos, cobrando de seus representantes o cumprimento de compromissos assumidos em campanha eleitoral, enfim, assegurando e oferecendo condições materiais para a integração irrestrita do indivíduo na sociedade política organizada.

A **dignidade da pessoa humana** como fundamento da República Federativa do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial. A razão de ser do Estado brasileiro não se funda na propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tampouco no próprio Estado (como ocorre nos regimes totalitários), mas sim na pessoa humana. Na feliz síntese de Alexandre de Moraes, "esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual". São vários os valores constitucionais que decorrem diretamente da idéia de dignidade humana, tais como, dentre outros, o direito à vida, à intimidade, à honra e à imagem.

A dignidade da pessoa humana assenta-se no reconhecimento de duas posições jurídicas ao indivíduo. De um lado, apresenta-se como um **direito** de proteção individual, não só em relação ao Estado, mas, também, frente aos demais indivíduos. De outro, constitui **dever** fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

E fundamento do nosso Estado, ainda, o **valor social do trabalho e da livre iniciativa.** Assim dispondo, nosso constituinte configura o Brasil como um Estado obrigatoriamente capitalista e, ao mesmo tempo, assegura que, nas relações entre capital e trabalho será reconhecido o valor social deste último. No art. 170, a Constituição reforça esse fundamento, ao estatuir que "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social".

Por último, nosísa Carta arvora o **pluralismo político** em fundamento da República Federativa do Brasil, implicando que nossa sociedade deve reco-

nhecer e garantir a inclusão, nos processos de formação da vontade geral, das diversas correntes de pensamento e grupos representantes de interesses existentes no seio do corpo comunitário.

O art. 2.° da Constituição de 1988 define como Poderes da República Federativa do Brasil, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Esse artigo consagra o **princípio da separação dos Poderes,** ou princípio da divisão funcional do poder do Estado.

O critério de divisão funcional consiste em atribuir a órgãos independentes entre si o exercício precípuo das funções estatais essenciais. Assim, ao Poder Executivo incumbe, tipicamente, exercer as funções de Governo e Administração (execução não contenciosa das leis); ao Poder Legislativo cabe precipuamente a elaboração das leis (atos normativos primários); ao Poder Judiciário atribui-se, como função típica, o exercício da jurisdição (dizer o direito aplicável aos casos concretos, na hipótese de litígio).

Além dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o constituinte de 1988 explicitou, no art. 3.° de nossa Carta Política, **objetivos fundamentais** a serem perseguidos pelo Estado Brasileiro.

Os objetivos fundamentais do Estado brasileiro arrolados no art. 3.° da Constituição são:

> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
>
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
>
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
>
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Constata-se que esses objetivos têm em comum assegurar a igualdade material entre os brasileiros, possibilitando a todos iguais oportunidades para alcançar o pleno desenvolvimento de sua personalidade, bem como para autodeterminar e lograr atingir suas aspirações materiais e espirituais, condizentes com a dignidade inerente a sua condição humana. Como bem resume José Afonso da Silva, alguns dos objetivos assinalados "valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana".

O art. 4.°, que finaliza o Título I da Constituição de 1988, enumera dez **princípios fundamentais orientadores das relações do Brasil na ordem internacional.** E esta a sua redação:

> Art. 4.° A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

De um modo geral, esses princípios consubstanciam o reconhecimento da soberania, no plano internacional, como elemento igualador dos Estados, além de reconhecer, também nesse âmbito, o ser humano como centro das preocupações da nossa República.

Assim, reforça-se a **independência nacional** como princípio (art. 4.°, I), que nada mais é do que a manifestação da soberania na ordem internacional. Como corolário, tem-se a **igualdade entre os Estados** (art. 4.°, V), consagração do princípio da não subordinação no plano internacional. Trata-se, aqui, de uma igualdade formal, essencialmente jurídica, uma vez que na esfera econômica são absurdamente desiguais as condições existentes entre os Estados. De toda sorte, uma noção de busca de igualdade material se manifesta no princípio da colaboração entre os Estados. A Constituição de 1988 agrega ao princípio da colaboração o fim a ser perseguido mediante essa cooperação mútua, qual seja, o progresso da humanidade **(cooperação entre os povos para o progresso da humanidade** - art. 4.°, IX).

O princípio da **não-intervenção** (art. 4.°, IV), e seu correlato, a **autodeterminação dos povos** (art. 4.°, III), também têm origem no reconhecimento da igualdade entre os Estados. Respeita-se a soberania de cada um, assegurando-se que, no âmbito interno, os Estados não devem sofrer ingerência na condução de seus assuntos. Vale lembrar que não existem princípios absolutos, devendo sua convivência seguir a lógica da ponderação. Assim, o inciso II do art. 4.° enuncia como princípio fundamental internacional a **prevalência dos direitos humanos,** o que, em casos extremos de afronta a esses direitos por um Estado, pode levar o Brasil a apoiar

a interferência de outros Estados naquele, a fim de impedir a continuação de situações de profunda degradação da dignidade humana. Nesses casos, de que são inúmeros os exemplos concretamente ocorridos, os direitos humanos prevalecem à própria soberania.

Na esteira da prevalência dos direitos humanos, o constituinte consignou ainda como princípios de nosso Estado na ordem internacional o **repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4.°, VIII)** e a **concessão de asilo político** (art. 4.°, X) a quem esteja sendo perseguido, em outro Estado, por motivos políticos ou de opinião.

São, por último, princípios internacionais, que se complementam, a **defesa da paz** (art. 4.°, VI) e a **solução pacífica dos conflitos** (art. 4.°, VII).

Ao lado dos dez princípios que regem as relações do Estado brasileiro na ordem internacional, o parágrafo único do art. 4.° enuncia um **objetivo** a ser perseguido pelo Brasil no plano internacional: a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

2. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS - TEORIA GERAL E REGIME JURÍDICO

O Título II da Constituição de 1988 trata, em cinco capítulos (arts. 5.° a 17), dos "Direitos e Garantias Fundamentais" assegurados em nossa Federação pelo nosso ordenamento jurídico. As diferentes categorias de direitos fundamentais foram assim agrupadas: direitos individuais e coletivos (Capítulo I), direitos sociais (Capítulo II), direitos de nacionalidade (Capítulo III), direitos políticos (Capítulo IV) e direitos relacionados à participação em partidos políticos e à sua existência e organização (Capítulo V).

Antes de adentrarmos o estudo específico dos direitos e garantias fundamentais discriminados no texto constitucional, é importante esboçarmos algumas noções gerais acerca da origem, evolução e regime jurídico desses direitos e garantias.

2.1. Origem

Alguns autores apontam como marco inicial dos direitos fundamentais a Magna Carta inglesa (1215). Os direitos ali estabelecidos, entretanto, não visavam a garantir uma esfera irredutível de liberdades aos indivíduos em geral, mas sim, essencialmente, a assegurar poder político aos barões mediante a limitação dos poderes do rei.

O Constitucionalista J. J. Gomes Canotilho ensina que a positivação dos direitos fundamentais deu-se a partir da Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem *(Déclaration dês Droits de VHomme et du Citoyen,* em 1789), e das declarações de direitos formuladas pelos Estados Americanos, ao firmarem sua independência em relação à Inglaterra *{Virgínia Bill of Rights,* em 1776). Originam-se, assim, as Constituições liberais dos Estados ocidentais dos séculos XVIII e XIX.

Os primeiros direitos fundamentais têm o seu surgimento ligado à necessidade de se impor limites e controles aos atos praticados pelo Estado e suas autoridades constituídas. Nasceram, pois, como uma proteção à liberdade do indivíduo frente à ingerência abusiva do Estado. Por esse motivo - por exigirem uma abstenção, um *não-fazer* do Estado em respeito à liberdade individual - são denominados *direitos negativos, liberdades negativas,* ou *direitos de defesa.*

Em suma, os direitos fundamentais surgiram como normas que visavam a restringir a atuação do Estado, exigindo deste um comportamento omissivo (abstenção) em favor da liberdade do indivíduo, ampliando o domínio da autonomia individual frente à ação estatal.

Somente no século XX, com o reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão - direitos sociais, culturais e econômicos -, os direitos fundamentais passaram a ter *feição positiva,* isto é, passaram a exigir, também, a atuação comissiva do Estado, prestações estatais em favor do bem-estar do indivíduo.

2.2. Os quatro *status* de Jellinek

Os direitos fundamentais desempenham as mais variadas funções na ordem jurídica, a depender do seu campo específico de proteção. Com efeito, os direitos fundamentais ora asseguram aos indivíduos o direito de defesa frente à ingerência abusiva do Estado, ora legitimam a exigência de atuação positiva do Estado e, ainda, podem assegurar ao indivíduo o chamado direito de participação.

Com o fim de auxiliar na compreensão do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais, tendo em conta o papel por eles desempenhado na ordem jurídica, o Professor alemão Georg Jellinek desenvolveu, no final do século XIX, a doutrina dos quatro *status* em que o indivíduo pode encontrar-se diante do Estado. São eles: *status* passivo, *status* negativo, *status* positivo e *status* ativo.

Temos o *status* passivo (ou *status subjectionis),* quando o indivíduo encontra-se em posição de subordinação aos poderes públicos, caracterizando-se

como detentor de deveres para com o Estado; nessa situação, o Estado pode obrigar o indivíduo, mediante mandamentos e proibições.

Em outras situações, reconhece-se que o indivíduo, possuidor de personalidade, tem o direito de desfrutar de um espaço de liberdade com relação a ingerências dos Poderes Públicos. Enfim, faz-se necessário que o Estado não tenha ingerência na autodeterminação do indivíduo, que tem direito a gozar de algum âmbito de ação desvencilhado da ingerência estatal. Temos, nessa situação, o *status* negativo.

O *status* positivo (ou *status civitatis)* está presente naquelas situações em que o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente em seu favor, que realize prestações, ofertando serviços ou bens.

Por fim, Jellinek aponta o *status* ativo, em que o indivíduo desfruta de competências para influir sobre a formação da vontade estatal, correspondendo essa posição ao exercício dos direitos políticos, manifestados, especialmente, por meio do voto.

2.3. Distinção entre direitos e garantias

A doutrina diferencia *direitos* fundamentais de *garantias* fundamentais.

Os *direitos fundamentais* são os bens em si mesmo considerados, declarados como tais nos textos constitucionais.

As *garantais fundamentais* são estabelecidas pelo texto constitucional como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. As garantias possibilitam que os indivíduos façam valer, frente ao Estado, os seus direitos fundamentais. Assim, ao direito à vida corresponde a garantia de vedação à pena de morte; ao direito à liberdade de locomoção corresponde a garantia do *habeas corpus;* ao direito à liberdade de manifestação do pensamento, a garantia da proibição da censura etc.

O constitucionalista português Jorge Miranda leciona sobre a distinção entre os institutos, asseverando que:

> Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias; os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas; as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos. Na acepção juracionalista inicial, os direitos *declaram-se,* as garantias *estabelecem-se.*

2.4. Características

O Professor Alexandre de Moraes sintetiza como principais características dos direitos fundamentais as seguintes:

a) imprescritibilidade (os direitos fundamentais não desaparecem pelo decurso do tempo);

b) inalienabilidade (não há possibilidade de transferência dos direitos fundamentais a outrem);

c) irrenunciabilidade (em regra, os direitos fundamentais não podem ser objeto de renúncia);

d) inviolabilidade (impossibilidade de sua não observância por disposições infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas);

e) universalidade (devem abranger todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica);

f) efetividade (a atuação do Poder Público deve ter por escopo garantir a efetivação dos direitos fundamentais);

g) interdependência (as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades; assim, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do *habeas corpus*, bem como à previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial);

h) complementaridade (os direitos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcançar os objetivos previstos pelo legislador constituinte).

Para mais dessas características, deve-se registrar que Canotilho enfatiza o fato de serem os direitos fundamentais *normas abertas* (princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais), o que permite que se insiram novos direitos, não previstos pelo constituinte por ocasião da elaboração do Texto Maior, no âmbito de direitos já existentes.

Enfim, deve-se entender que não existe uma lista taxativa de direitos fundamentais, constituindo eles um conjunto aberto, dinâmico, mutável no tempo. Essa característica dos direitos fundamentais encontra-se expressa no § 2.° do art. 5.° da CF/88, nos termos seguintes: "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

2.5. Classificação

Os direitos fundamentais são tradicionalmente classificados em gerações (ou dimensões), levando-se em conta o momento de seu surgimento e reconhecimento pelos ordenamentos constitucionais.

Os direitos de **primeira geração** compreendem as liberdades negativas clássicas, que realçam o princípio da liberdade. São os direitos civis e políticos.

Surgiram no final do século XVIII, e representam uma resposta do Estado liberal ao Estado absoluto. Dominaram todo o século XIX, haja vista que os direitos de segunda dimensão só floresceram no século XX.

Representam os meios de defesa das liberdades do indivíduo, a partir da exigência da não-ingerência abusiva dos Poderes Públicos na esfera privada do indivíduo. Limitam-se a impor restrições à atuação do Estado, em favor da esfera de liberdade do indivíduo. Por esse motivo são referidos como *direitos negativos, liberdades negativas* ou *direitos de defesa* do indivíduo frente ao Estado.

São exemplos de direitos fundamentais de primeira dimensão o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à participação política e religiosa, entre outros.

Os direitos de **segunda geração** identificam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, e acentuam o princípio da igualdade entre os homens (igualdade material). São os direitos econômicos, sociais e culturais.

Foram os movimentos sociais do século XIX que ocasionaram, no início do século XX, o surgimento da segunda geração de direitos fundamentais, responsável pela gradual passagem do Estado liberal, de cunho individualista, para o Estado social, centrado na proteção dos hipossuficientes e na busca da igualdade material entre os homens (não meramente formal, como se assegurava no Liberalismo).

Os direitos fundamentais de segunda geração correspondem aos direitos de participação, sendo realizados por intermédio da implementação de políticas e serviços públicos, exigindo do Estado prestações sociais, tais como saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outras. São, por isso, denominados *direitos positivos, direitos do bem-estar, liberdades positivas* ou *direitos dos desamparados.*

Há que se destacar, porém, que nem todos os direitos fundamentais de segunda geração consubstanciam *direitos positivos,* vale dizer, prestações positivas a serem adimplidas pelo Estado. Existem, também, direitos sociais negativos, como o de liberdade sindical (CF, art. 8.°) e o de liberdade de greve (CF, art. 9.°).

Em face dessa realidade, o critério para distinguir *direitos fundamentais de segunda dimensão* de *direitos fundamentais de primeira dimensão* não pode ser, unicamente, a natureza do dever do Estado, positivo (atuação) ou negativo (abstenção). A identificação da finalidade dos institutos parece constituir o melhor critério para a distinção. Assim, os *direitos sociais* são aqueles que têm por objeto a necessidade da promoção da igualdade substantiva, por meio do intervencionismo estatal em defesa do mais fraco, enquanto os *direitos individuais* são os que visam a proteger as liberdades públicas, a impedir a ingerência abusiva do Estado na esfera da autonomia privada.

Os direitos de **terceira geração** consagram os princípios da solidariedade e da fraternidade. São atribuídos genericamente a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa. São exemplos os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à defesa do consumidor, à paz, à autodeterminação dos povos, ao patrimônio comum da humanidade, ao progresso e desenvolvimento, entre outros.

Os direitos fundamentais de terceira geração não se destinam especificamente à proteção dos interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado. Sua titularidade é difusa, visam a proteger todo o gênero humano, de modo subjetivamente indeterminado. Representam uma nova e relevante preocupação com as gerações humanas, presentes e futuras, expressando a idéia de fraternidade e solidariedade entre os diferentes povos e Estados soberanos.

É interessante constatar que o núcleo da esfera de proteção dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações corresponde ao lema da Revolução Francesa - liberdade, igualdade e fraternidade.

Modernamente, muito se discute sobre o reconhecimento de uma **quarta geração** de direitos fundamentais, em complementação às três dimensões já consagradas. Há autores que se referem, até mesmo, ao surgimento da **quinta geração** de direitos fundamentais. Entretanto, não há consenso entre os constitucionalistas quanto aos bens protegidos exatamente por essas novas gerações de direitos fundamentais.

Finalmente, vale ressaltar que os direitos integrantes de uma geração ganham outra dimensão, novo conteúdo e alcance, com o surgimento de uma geração sucessiva. Os direitos da geração posterior se transformam em pressupostos para a compreensão e realização dos direitos da geração anterior. Por exemplo: o direito individual de propriedade, de primeira dimensão, nasceu no Estado liberal, com feição tipicamente privada; com o surgimento da segunda dimensão de direitos fundamentais, adquiriu feição tipicamente social, a partir da exigência dos textos constitucionais de que a propriedade atenda à sua função social; modernamente, com o reconhecimento dos direitos

fundamentais de terceira dimensão, a propriedade deverá respeitar, também, as leis ambientais.

Classificação dos Direitos Fundamentais	Primeira Geração	Final do Século XVIII • Estado Liberal • Direitos "Negativos" • Liberdade • Direitos Civis e Políticos
	Segunda Geração	[1] Início do Século XX [1] Estado Social • Direitos Positivos ' Igualdade • Direitos Sociais, Econômicos e Culturais
	Terceira Geração	• Século XX • Fraternidade • Direito ao Meio Ambiente, à Paz, ao Progresso, à Defesa do Consumidor

2.6. **Destinatários**

Os direitos fundamentais surgiram tendo como titulares as pessoas naturais, haja vista que, na sua origem, representam limitações impostas ao Estado em favor do indivíduo.

Com o passar dos tempos, os ordenamentos constitucionais passaram a reconhecer direitos fundamentais, também, às pessoas jurídicas.

Modernamente, as Constituições asseguram, ainda, direitos fundamentais às pessoas estatais, isto é, o próprio Estado passou a ser considerado titular de direitos fundamentais.

Não significa afirmar, porém, que todos os direitos fundamentais têm como titulares as pessoas naturais, as pessoas jurídicas e as pessoas estatais. Há direitos fundamentais que podem ser usufruídos por todos, mas há direitos restritos a determinadas classes.

Na Constituição Federal de 1988, quanto aos destinatários de direitos fundamentais, mencionamos, em caráter meramente exemplificativo:

a) direitos fundamentais destinados às pessoas naturais, às pessoas jurídicas e ao Estado - direito da legalidade e de propriedade (art. 5.°, II e XXII);

b) direitos fundamentais extensíveis às pessoas naturais e às pessoas jurídicas - inviolabilidade do domicílio e assistência jurídica gratuita e integral (art. 5.°, XI e LXXIV);

c) direitos fundamentais exclusivamente voltados para a pessoa natural - direito de locomoção e inviolabilidade da intimidade (art. 5.°, XV e X);

d) direitos fundamentais restritos aos cidadãos - ação popular e iniciativa popular (arts. 5.", LXXIII, e 14, III);

e) direitos fundamentais voltados exclusivamente para a pessoa jurídica - direito de existência das associações, direitos fundamentais dos partidos políticos (arts. 5.°, XIX, e 17);

f) direitos fundamentais voltados exclusivamente para o Estado - direito de requisição administrativa no caso de iminente perigo público e autonomia política das entidades estatais (arts. 5.°, XXV, e 18).

2.7. Relações privadas

Os direitos fundamentais regulam, precipuamente, as relações entre o Estado e o particular. Como regra, representam direitos - de índole positiva ou negativa - conferidos ao particular frente ao Estado. Regulam, dessarte, as chamadas *relações verticais.*

Embora não haja consenso, no constitucionalismo moderno o entendimento doutrinário dominante é de que os direitos fundamentais aplicam-se, também, às relações privadas. Segundo essa orientação, não podem os particulares, com amparo no princípio da autonomia da vontade, afastar livremente os direitos fundamentais.

Assim, na celebração de um negócio privado - contrato de trabalho entre empresa privada e empregado, por exemplo - os sujeitos atuam sob o princípio da autonomia da vontade, no ajuste das respectivas cláusulas. Entretanto, não poderão afastar os direitos fundamentais incidentes sobre o negócio, por exemplo, estabelecendo cláusula em que o obreiro renuncie ao exercício do seu direito fundamental à liberdade de greve (CF, art. 9.°). Caso haja esse ajuste contratual, o contrato de trabalho será válido, mas a cláusula obstativa do direito de greve não terá nenhuma validade frente ao ordenamento jurídico.

Quanto a esse tema - sujeição de relações entre particulares aos direitos fundamentais - é oportuno registrar a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 201.819/RJ, rei. Min. Ellen Gracie, rei. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 11.10.2005.

A Corte Suprema, no caso concreto envolvido, reconheceu a aplicação direta de direitos fundamentais às relações privadas, mantendo ordem judicial prolatada para determinar a uma associação privada a reintegração de um associado que havia sido excluído de seus quadros. Entendeu-se que fora

violado o **direito de defesa** do associado excluído, porque ele não teve oportunidade de refutar o ato que resultará na sua punição.

O caso possui determinadas peculiaridades, pois o STF conferiu relevância ao fato de que a entidade que expulsara o associado exercia funções de natureza quase-pública (no dizer da Corte, "trata-se de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como *espaço público* ainda que *não-estatar).*

Seja como for, conquanto tenha reconhecido que "a discussão sobre aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas está muito longe de assumir contornos dogmáticos claros", o Min. Gilmar Mendes, no voto condutor, destacou que "as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido, extrapolam, em muito, a liberdade do direito de associação e, sobretudo, o de defesa. Conclusivamente, é imperiosa a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5.°, LIV e LV, da CF)".

Em outras ocasiões, o STF reconheceu, também, a aplicação direta de direitos fundamentais a relações entre particulares. No RE n.° 158.215-RS (rei. Min. Marco Aurélio, DJ de 07.06.1996), a Segunda Turma determinou a reintegração de um membro expulso de cooperativa sem o atendimento da garantia do contraditório e da ampla defesa no âmago do devido processo legal.

Ainda, no RE n.° 161.243-DF (rei. Min. Carlos Velloso, DJ de 19.12.1997), o Tribunal não admitiu que a invocação do princípio da autonomia fosse argumento legítimo para discriminar nacionais de estrangeiros quanto à percepção de benefícios previstos no estatuto do pessoal de determinada pessoa jurídica (uma empresa privada francesa, instalada no Brasil, que concedia determinados benefícios aos seus empregados de origem francesa e recusava-os aos brasileiros). Afirmou o STF que "a discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc, é inconstitucional" por ofensa ao princípio da igualdade (CF/88, art. 5.°, *caput),* sendo vedada sua prática, mesmo que por uma empresa privada.

2.8. Natureza relativa

Os direitos fundamentais não dispõem de caráter absoluto, visto que encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados pelo texto constitucional.

É exemplo de adoção dessa orientação pelo Supremo Tribunal Federal este trecho do MS n.° 23.452/RJ, relator Min. Celso de Mello, DJ 12.05.2000:

> Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.
>
> O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Não podem os direitos fundamentais ser utilizados como escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena da consagração do desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Assim, a liberdade de pensamento não será oponível ante a prática do crime de racismo; a garantia da inviolabilidade das correspondências não poderá ser invocada para acobertar determinada prática criminosa, e assim por diante.

2.9. Restrições legais

A Constituição Federal não possui direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, uma vez que razões de interesse público legitimam a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas a essas liberdades, na proteção de outros valores constitucionalmente protegidos.

Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência têm enfatizado que os direitos e garantias fundamentais expõem-se a restrições autorizadas, expressa ou implicitamente, pelo texto da própria Constituição, já que não podem servir como manto para acobertar abusos do indivíduo em prejuízo à ordem pública. Assim, normas infraconstitucionais - lei, medida provisória e outras - podem impor restrições ao exercício de direito fundamental consagrado na Constituição.

As restrições impostas ao exercício de direitos constitucionais são doutrinariamente classificadas em *reservas legais simples* e *reservas legais qualificadas.*

A reserva legal simples ocorre quando a Constituição limita-se a estabelecer que eventual restrição do legislador ordinário seja prevista em *lei.*

São exemplos os incisos VI ("na forma da lei"), VII ("nos termos da lei") e XV ("nos termos da lei") do art. 5.° da Carta Política. Anote-se que, nesses casos, a única exigência imposta pelo texto constitucional para que ocorra a restrição é que esta seja veiculada em lei.

A *reserva legal qualificada* ocorre quando a Constituição, além de exigir que seja a restrição prevista em *lei*, estabelece as condições ou os fins que devem ser perseguidos pela norma restritiva. É o caso do inciso XII do art. 5.° da Constituição Federal, que, além de exigir lei para a autorização da interceptação telefônica, só permite esta para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Entretanto, cabe enfatizar que os direitos e garantias constitucionais não são passíveis de *ilimitada restrição.* Quer seja hipótese de restrição legal simples, quer seja caso de restrição legal qualificada, as restrições impostas pelo legislador ordinário encontram limites, especialmente no princípio da razoabilidade, da proporcionalidade ou da proibição de excesso, que impõem ao legislador o dever de não estabelecer limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais aos direitos fundamentais.

Essa limitação à atuação do legislador ordinário no tocante à imposição de restrições a direito constitucional é denominada *teoria dos limites* (refere-se aos limites ao estabelecimento de limitações legais aos direitos constitucionais).

Assim, se por um lado é inaceitável a idéia de um direito constitucional absoluto, intocável mesmo diante de situações de interesse público, por outro, seria absurdo admitir-se que a lei pudesse restringir ilimitadamente os direitos fundamentais, afetando o seu núcleo essencial, extirpando o conteúdo essencial da norma constitucional, suprimindo o cerne da garantia originariamente outorgada pela Constituição.

Finalmente, há que se destacar que a própria Constituição Federal reconhece, em situações excepcionais e gravíssimas, a possibilidade de restrições ou supressões temporárias de direitos fundamentais, sem necessidade de autorização do Poder Judiciário. Por exemplo, no caso de estado de defesa, poderão ser impostas restrições ao direito de reunião, ainda que exercida no seio das associações, ao sigilo de correspondência, ao sigilo de comunicação telegráfica e telefônica, entre outros (CF, art. 136). Restrições ainda maiores são admitidas na vigência do estado de sítio (CF, art. 139).

2.10. Conflito (ou colisão)

Ocorre conflito (ou colisão) entre direitos fundamentais quando, em um caso concreto, uma das partes invoca um direito fundamental em sua proteção, enquanto a outra se vê amparada por outro direito fundamental.

Por exemplo, em determinada relação jurídica, pode haver conflito entre a liberdade de comunicação (CF, art. 5.°, IX) e a inviolabilidade da intimidade do indivíduo (CF, art. 5.°, X). Outra relação jurídica pode contrapor liberdade de manifestação de pensamento (CF, art. 5.°, IV) e vedação ao racismo (art. 5.°, XLII), e assim por diante. Em situações como essas temos a chamada *colisão entre direitos fundamentais.*

Desde logo, deve-se anotar que não existe hierarquia entre direitos fundamentais, o que impossibilita cogitar-se de invariável aplicação integral de um deles (o direito suposto "hierarquicamente superior"), resultando na aniquilação total do outro (o direito suposto "hierarquicamente inferior").

Segundo a lição da doutrina, na hipótese de conflito entre direitos fundamentais, o intérprete deverá realizar um juízo de ponderação, consideradas as características do caso concreto. Conforme as peculiaridades da situação concreta com que se depara o aplicador do Direito, um ou outro direito fundamental prevalecerá. E possível que, em um caso em que haja conflito entre os direitos "X" e "Y", prevaleça a aplicação do direito "X" e, em outra ocasião, presentes outras características, a colisão dos mesmos direitos "X" e "Y" resolva-se pela prevalência do direito "Y".

Desse modo, no caso de conflito entre dois ou mais direitos fundamentais, o intérprete deverá utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas (Alexandre de Moraes).

2.11. Renúncia

Os direitos fundamentais são irrenunciáveis. Significa dizer que o titular de um direito fundamental não tem poder de disposição sobre ele, não pode abrir mão de sua titularidade.

Entretanto, o constitucionalismo moderno admite, diante de um caso concreto, a renúncia temporária e excepcional a direito fundamental. Assim, a renúncia voluntária ao exercício de um direito fundamental é admitida, desde que em um caso concreto (a renúncia geral de exercício é inadmissível).

Um exemplo de renúncia temporária a direito fundamental individual é o que ocorre nos programas de televisão conhecidos como *reality shows* (Big Brother Brasil, por exemplo), em que as pessoas participantes, por desejarem receber o prêmio oferecido, renunciam, durante a exibição do programa, à inviolabilidade da imagem, da privacidade e da intimidade (CF, art. 5.°, X).

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CF/88 - ASPECTOS GERAIS

A Constituição Federal de 1988, ao arrolar os direitos fundamentais no seu Título II (arts. 5.° a 17), classificou-os em cinco grupos distintos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Os **direitos individuais** correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo, o direito à vida, à dignidade, à liberdade. Estão previstos no art. 5.° da Constituição, que alberga, especialmente, os direitos fundamentais de primeira geração, as chamadas **liberdades negativas.** Nesse mesmo art. 5.°, temos direitos fundamentais **coletivos,** como são exemplos os previstos nos incisos XVI (direito de reunião); XVII, XVIII, XIX e XXI (direito à associação); LXX (mandado de segurança coletivo).

Os **direitos sociais** constituem as **liberdades positivas,** de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por objetivo a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade material ou substancial. Estão arrolados no art. 6.° e seguintes da Carta Política, e são disciplinados em diversos outros dispositivos constitucionais (por exemplo, direito à saúde - art. 196; direito à previdência - art. 201; direito à educação - art. 206).

Os **direitos de nacionalidade** cuidam do vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a um determinado Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de determinados deveres. Estão enumerados no art. 12 da Constituição.

Os **direitos políticos** cuidam do conjunto de regras que disciplinam as formas de atuação da soberania popular, com o fim de permitir ao indivíduo o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, conferindo-lhe os atributos da cidadania. Estão enumerados no art. 14 da Constituição.

Os **direitos à existência, organização e participação em partidos políticos** regulamentam os partidos políticos como instrumentos necessários à preservação do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade de atuação, para concretizar o sistema representativo (CF, art. 17).

3.1. Aplicabilidade imediata

Determina a Constituição que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5.°, § 1.°).

Esse comando constitucional, embora inserto no art. 5.° da Constituição, não tem sua aplicação restrita aos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos arrolados nos incisos deste mesmo artigo. Sua incidência alcança as diferentes classes de direitos e garantias fundamentais de nossa Carta Magna, ainda que indicados fora do catálogo próprio a eles destinado (arts. 5.° a 17).

Essa regra de aplicação imediata, porém, não é absoluta. Embora a regra seja a eficácia e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o fato é que existem direitos fundamentais que consubstanciam normas de eficácia limitada, dependentes de regulamentação por lei para a produção de seus efeitos essenciais.

O grau de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais é em grande parte determinado pelo próprio enunciado dos dispositivos que os estabelecem, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicação plena de algumas normas definidoras de direitos fundamentais, especialmente no tocante aos direitos sociais (CF, art. 7.°).

Assim, em que pese o texto constitucional determinar que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata (art. 5.°, § 1.°), o fato é que temos direitos e garantias fundamentais de eficácia limitada, dependentes de regulamentação para a produção de seus plenos efeitos, como são exemplos os incisos XX e XXVII do art. 7.° da Carta Política.

3.2. Enumeração aberta e interpretação

Os direitos fundamentais não são estanques, não podem ser reunidos em um elenco fixo, mas sim constituem uma categoria jurídica aberta. Além disso, a compreensão de seu conteúdo é variável, conforme os diferentes períodos históricos nos quais se estabeleceram e desenvolveram.

O surgimento dos diversos direitos fundamentais ao longo da história comprova serem eles uma categoria aberta e potencialmente ilimitada, que pode ser permanentemente ampliada pelo reconhecimento de novos direitos, à medida que se constate sua importância para o desenvolvimento pleno da sociedade.

Ademais, ao lado das transformações quantitativas, pela inserção de novos direitos dentro dessa categoria jurídica, os direitos fundamentais sofrem também alterações qualitativas, em função da diversidade de significado e alcance que passam a apresentar no decorrer da evolução histórica.

Um caso ilustrativo de modificação qualitativa, ou seja, concernente à interpretação do significado de um direito fundamental, temos no direito de

propriedade. Conforme foi originalmente estabelecido, no Estado liberal, fortemente individualista, o direito de propriedade não possuía índole social, não ensejava quaisquer considerações de ordem coletiva; com o surgimento do Estado social, passou o direito de propriedade a ter caráter marcadamente social, como realça nossa Carta Política, ao exigir da propriedade o atendimento de sua função social (CF, art. 5.°, XXIII), prevendo até mesmo a sua perda, quando essa função social não estiver sendo observada (CF, arts. 5.°, XXIV, e 243).

Do exposto, fica patente serem os direitos fundamentais uma categoria aberta, pois incessantemente completada por novos direitos; e mutável, pois os direitos que a constituem têm alcance e sentido distintos conforme a época que se leve em consideração.

Com isso, a enumeração dos direitos fundamentais na Constituição da República de 1988 não é fechada, exaustiva, podendo ser estabelecidos outros direitos fundamentais no próprio texto constitucional ou em outras normas.

O art. 5.°, § 2.°, da CF/88 é expresso a respeito, prescrevendo que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Em função dessa realidade - enumeração constitucional não-exaustiva dos direitos fundamentais -, temos os conceitos de:

a) direitos fundamentais formalmente constitucionais;

b) direitos fundamentais materialmente constitucionais;

c) direitos fundamentais catalogados;

d) direitos fundamentais fora do catálogo.

Os **direitos fundamentais formalmente constitucionais** são aqueles expressamente previstos na Constituição, em qualquer dispositivo de seu texto.

Os **direitos fundamentais materialmente constitucionais** são aqueles que não estão previstos no texto da Constituição Federal de 1988, mas sim em outras normas jurídicas. Esses direitos fundamentais materialmente constitucionais não possuem hierarquia constitucional, exceto se previstos em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados na forma do art. 5.°, § 3.°, da Constituição Federal.

Os **direitos fundamentais catalogados** são aqueles enumerados no catálogo próprio dos direitos fundamentais, no Título II da Constituição Federal (arts. 5.° a 17).

Os **direitos fundamentais fora do catálogo** são todos os previstos fora do catálogo dos direitos fundamentais, em outros artigos da Constituição. O

direito ao meio ambiente, por exemplo, é um direito fundamental de terceira geração, previsto no art. 225 do Texto Maior (não-catalogado, portanto).

3.3. Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos

Estabelece a Constituição Federal que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (CF, art. 5.°, § 3.°, introduzido pela Emenda Constitucional n.° 45/2004).

Portanto, os tratados e convenções internacionais **sobre direitos humanos** que forem aprovados de acordo com o rito estabelecido para a aprovação das emendas à Constituição (três quintos dos membros das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos de votação) passarão a gozar de *status* constitucional, situando-se no mesmo plano hierárquico das demais normas constitucionais. Significa dizer que seus termos deverão ser respeitados por toda a legislação infraconstitucional superveniente, sob pena de inconstitucionalidade; além disso, somente poderão ser modificados segundo o procedimento legislativo rígido antes mencionado, observada, ainda, a limitação estabelecida pelo art. 60, § 4.°, da Lei Maior (cláusulas pétreas).

Cabe ressaltar, porém, que, ainda quando incorporados ao ordenamento pátrio com *status* de norma constitucional, na forma do art. 5.°, § 3.°, poderão os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ser ulteriormente declarados inconstitucionais, por ofensa aos valores constitucionais gravados como cláusulas pétreas, previstos no art. 60, § 4.°, da Constituição da República.

3.4. Tribunal Penal Internacional

Estabelece a Constituição que o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão (CF, art. 5.°, § 4.°, introduzido pela Emenda Constitucional n.° 45/2004).

Em regra, o princípio da soberania não permite que um Estado se obrigue a acatar decisão judicial proferida por órgão integrante de outro Estado. Para que uma decisão judicial estrangeira tenha validade no Brasil é necessário que ela seja homologada pelo nosso Poder Judiciário. A competência para a homologação de sentenças estrangeiras é do Superior Tribunal de Justiça - STJ (CF, art. 105, I, "i").

O acatamento de decisão judicial proferida por um Tribunal Penal Internacional representa, portanto, um abrandamento da noção de soberania do

Estado, em respeito aos direitos humanos, à proteção da humanidade (vale lembrar, ademais, que não se trata, propriamente, de decisão proferida por "outro Estado", porque o Tribunal Internacional constitui um organismo internacional, não subordinado a nenhum Estado e, em tese, independente).

O texto originário da Constituição Federal de 1988 já consagrava disposição a respeito da jurisdição internacional, em que se afirmava que "o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos" (ADCT, art. 7.°).

No ano de 2002, surgiu a primeira corte internacional permanente com jurisdição sobre pessoas acusadas de cometerem graves violações aos direitos humanos: o Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma.

O Tribunal Penal Internacional é competente para julgar os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão de um país a outro.

A jurisdição do Tribunal Penal Internacional submete-se ao chamado *princípio da complementaridade*, segundo o qual a competência da corte internacional não se sobrepõe à jurisdição penal dos Estados soberanos. Significa dizer que o Tribunal Penal Internacional destina-se a intervir somente nas situações gravíssimas, em que o Estado soberano se mostre incapaz ou sem disposição política para processar os crimes apontados no Estatuto de Roma.

O Estatuto de Roma foi assinado pelo Brasil em 07.02.2000, e aprovado pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo n.° 112, de 06.06.2002. Depois disso, o Presidente da República efetuou sua promulgação por meio do Decreto n.° 4.388, de 25.09.2002, publicado no Diário Oficial da União em 26.09.2002, data em que iniciou sua vigência interna.

Portanto, o Brasil se submete ao Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma, haja vista sua adesão expressa a esse ato internacional.

Alguns constitucionalistas propugnam pela inconstitucionalidade do Estatuto de Roma, entre outros motivos, em face da previsão, nesse ato internacional, da prisão perpétua (art. 77), em contradição com o que estabelece a Carta Política de 1988 (art. 5.°, XLVII, "b"). Apontam, também, a ausência de tipificação dos crimes e de prévio estabelecimento das penalidades no Estatuto. Ainda, enxergam incompatibilidade entre a previsão de entrega de brasileiros para julgamento pelo Tribunal Penal Internacional e a vedação constitucional à extradição de brasileiros natos (art. 5.°, LI).

O Prof. André Ramos Tavares registra que a EC n.° 45/2004 introduziu o § 4.° no art. 5.° da Constituição exatamente com a intenção de contornar a inconstitucionalidade, ou reforçar a validade da adesão do Brasil ao Estatuto de Roma (note-se que a vigência interna desse tratado iniciou antes da EC n.° 45/2004). Entende ele, entretanto, que nem mesmo uma emenda constitu-

cional tem possibilidade de afastar as inconstitucionalidades apontadas, caso elas venham a ser reconhecidas pelo Judiciário, uma vez que todas dizem respeito a matérias protegidas por cláusulas pétreas. Segundo suas palavras, "este é o risco que se corre ao se adotar uma Constituição com cláusulas mais do que rígidas". Sobre os problemas do Estatuto de Roma, merecem transcrição estas palavras do autor:

> É que todos os pontos de inconstitucionalidade que afrontavam cláusulas pétreas continuam passíveis de infirmar a novel previsão constitucional especificamente quanto ao Estatuto de Roma. Assim ocorre com: (i) a 'entrega' ou extradição de nacionais; (ii) a 'entrega' ou extradição de estrangeiros por crimes políticos ou de opinião; (iii) a falta de tipificação dos crimes no Estatuto; (iv) a falta de prévia previsão das punições cabíveis; (v) a imprescritibilidade dos crimes; e (vi) as penas perpétuas admitidas.

Especificamente acerca do problema da harmonização entre a previsão de "entrega" de brasileiros ao Tribunal Penal Internacional e a vedação à extradição de brasileiros natos constante do inciso LI do art. 5.° da Constituição, os autores têm defendido que a entrega seria algo diferente da "extradição". A "entrega" seria o envio de um indivíduo para um organismo internacional, não vinculado a nenhum Estado específico, ao passo que a "extradição" seria sempre para um determinado Estado estrangeiro soberano. Para esses autores, a Constituição vedaria somente a extradição, não a entrega.'

Seja como for, a interpretação acima não resolverá as outras alegadas inconstitucionalidades, caso elas venham a ser reconhecidas pelo Poder Judiciário. O certo é que foram essas dúvidas sobre a legitimidade da adesão do Brasil ao Estatuto de Roma que ensejaram o acréscimo do § 4.° ao art. 5.° da Constituição pela EC n.° 45/2004, muito embora, por óbvio, o novo dispositivo constitucional não se refira especificamente ao Estatuto de Roma, nem tenha sua aplicação teórica a ele restrita. E interessante observar que parece não ter sido considerada suficiente a existência do art. 7.° do ADCT, desde a promulgação do texto originário da Constituição de 1988, determinando que o Brasil propugne pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos, talvez porque este não tivesse que ser obrigatoriamente um tribunal penal. De toda forma, em nenhum dos dois dispositivos está dito, nem poderia estar, que os estatutos desse tribunal possam contrariar direitos e garantias individuais consagrados no texto constitucional.

André Ramos Tavares discorda dessa construção, propugnando que "entrega" e "extradição" são, substancialmente, a mesma coisa, especialmente para efeito de interpretação da vedação constante do art. 5.°, inciso LI, de nossa Carta Política, o qual veicula verdadeira garantia fundamental insuprimível.

4. DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS PREVISTOS NA CF/88 (ART. 5.º)

O art. 5.° da Constituição de 1988 enuncia a maior parte dos direitos fundamentais de primeira geração albergados em nosso ordenamento constitucional (embora nele não haja apenas direitos individuais, mas também alguns direitos de exercício coletivo).

O *caput* desse artigo enumera cinco direitos fundamentais básicos, dos quais os demais direitos enunciados nos seus incisos constituem desdobramentos: (1) direito à vida; (2) direito à liberdade; (3) direito à igualdade; (4) direito à segurança; e (5) direito à propriedade.

O texto do ***caput*** do art. 5.° somente assegura esses direitos, de forma expressa, aos "brasileiros e aos estrangeiros residentes no País". Há consenso, entretanto, pela própria natureza de tais direitos, que eles valem igualmente para os estrangeiros que se encontrem em território nacional, submetidos às leis brasileiras, sejam eles residentes ou não no Brasil.

Estudaremos, a seguir, discriminadamente, os direitos fundamentais constantes do art. 5.° da Carta de 1988.

4.1. Direito à vida

Expresso no *caput* do art. 5.°, o direito à vida é o mais elementar dos direitos fundamentais; sem vida, nenhum outro direito pode ser fruído, ou sequer cogitado.

A Constituição protege a vida de forma geral, não só a extra-uterina como também a intra-uterina. Corolário da proteção que o ordenamento jurídico brasileiro concede à vida intra-uterina é a proibição da prática do aborto, somente permitindo o aborto terapêutico como meio de salvar a vida da gestante, ou o aborto humanitário, no caso de gravidez resultante de estupro (Código Penal, art. 128).

Não se resume o direito à vida, entretanto, ao mero direito à sobrevivência física. Lembrando que o Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, resulta claro que o direito fundamental em apreço abrange o direito a uma existência digna, tanto sob o aspecto espiritual quanto material (garantia do mínimo necessário a uma existência digna, corolário do Estado Social Democrático).

Portanto, o direito individual fundamental à vida possui duplo aspecto: sob o prisma biológico traduz o direito à integridade física e psíquica (desdobrando-se no direito à saúde, na vedação à pena de morte, na proibição do aborto etc); em sentido mais amplo, significa o direito a condições materiais e espirituais mínimas necessárias a uma existência condigna à natureza humana.

Por fim, é oportuno destacar que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela legitimidade da realização de pesquisas com a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as condições estipuladas no art. 5.° da Lei 11.105/2005. Entendeu a Corte Suprema que essas pesquisas não ofendem o direito à vida, tampouco violam a dignidade humana constitucionalmente assegurada.[2]

4.2. Direito à liberdade

O direito à liberdade, de forma ampla e genérica, é afirmado no *caput* do art. 5.° da CF de 1988. Trata-se da própria essência dos direitos fundamentais de primeira geração (por isso mesmo também denominados *liberdades públicas).*

A idéia de liberdade de atuação do indivíduo perante o Estado traduz o cerne da ideologia liberal, de que resultaram as revoluções do final do século XVIII e início do XIX. A doutrina essencial do *laissez faire* exigia a redução da esfera de atuação do Estado e de sua ingerência nos negócios privados a um mínimo absolutamente necessário.

Já se ressaltou que, do lema da Revolução Francesa - liberdade, igualdade e fraternidade -, foi sem dúvida a liberdade o axioma mais encarecido originalmente pelo Liberalismo. Como ideologia da classe burguesa triunfante sobre o Absolutismo, interessava mais aos capitalistas de então a defesa da liberdade negociai do que uma atuação tendente à obtenção de uma igualdade material, efetiva, no seio da sociedade.

A liberdade assegurada no *caput* do art. 5.° deve ser tomada em sua mais ampla acepção. Compreende não só a liberdade física, de locomoção, mas também a liberdade de crença, de convicções, de expressão de pensamento, de reunião, de associação etc.

Sendo os direitos de primeira geração direitos de liberdade, resulta que grande parte dos incisos do art. 5.° da Constituição de 1988 refletem desdobramentos desse princípio, como veremos passos à frente.

4.3. Princípio da igualdade (art. 5.°, *caput,* e inciso I)

A igualdade é a base fundamental do princípio republicano e da democracia. Tão abrangente é esse princípio que dele inúmeros outros decorrem diretamente, como a proibição ao racismo (art. 5.°, XLII), a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade,

ADI 3.510/DF, rei. Min. Carlos Britto, 29.05.2008.

cor ou estado civil (art. 7.°, XXX), a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7.°, XXXI), a exigência de aprovação prévia em concurso público para investidura em cargo ou emprego público (art. 37, II), o princípio da isonomia tributária (art. 150, II) etc.

O princípio da igualdade determina que se dê tratamento igual aos que se encontram em situação equivalente e que se trate de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades. Ele obriga tanto o legislador quanto o aplicador da lei (igualdade **na** lei e igualdade **perante** a lei). Alexandre de Moraes aponta mesmo uma "tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade - *limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular*".

O princípio constitucional da igualdade não veda que a lei estabeleça tratamento diferenciado entre pessoas que guardem distinções de grupo social, de sexo, de profissão, de condição econômica ou de idade, entre outras; o que não se admite é que o parâmetro diferenciador seja arbitrário, desprovido de razoabilidade, ou deixe de atender a alguma relevante razão de interesse público. Em suma, o princípio da igualdade não veda o tratamento discriminatório entre indivíduos, quando há razoabilidade para a discriminação.

Assim, exemplificando, o princípio da igualdade não impede tratamento discriminatório em concurso público, desde que haja razoabilidade para a discriminação, em razão das exigências do cargo. Restrições como estabelecimento de idade mínima e máxima, previsão de vagas exclusivamente para determinado sexo (concurso para o cargo de agente penitenciário restrito às mulheres, numa prisão feminina, por exemplo) e outras podem ser previstas em concursos públicos, desde que as peculiaridades das atribuições do cargo justifiquem. É ilustrativo o teor da Súmula 683 do STF:

> **683** - O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7.°, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

Essas restrições, porém, somente serão lícitas se previstas em **lei,** não sendo o edital meio idôneo para impor restrições a direito protegido constitucionalmente. Portanto, para que haja restrição no edital, é imprescindível prévia autorização fixada em **lei.**

Deve-se observar que não se pode cogitar de ofensa ao princípio da igualdade quando as discriminações são previstas no próprio texto constitucional. Nessas hipóteses, o próprio legislador constituinte determinou, explicitamente, que um dado critério deve ser adotado para efeito de desigualamento jurídico entre as pessoas. Como exemplos em nossa Constituição, citamos: a lei deverá proteger o mercado de trabalho da mulher, mediante a concessão de

incentivos específicos (CF, art. 7.°, XX); aposentadoria da mulher com menor tempo de contribuição (CF, art. 40); reserva de certos cargos públicos para brasileiros natos (CF, art. 12, § 3.°); previsão de tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte (CF, art. 179).

É relevante registrar que, segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, o princípio constitucional da isonomia **não** autoriza o Poder Judiciário a estender vantagens concedidas a um grupo determinado de indivíduos a outros grupos, não contemplados pela lei, sob pena de ofensa ao princípio da separação de Poderes (o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, não pode legislar positivamente, criando regras não pretendidas pelo Poder Legislativo; cabe ao Judiciário, tão-somente, legislar negativamente, isto é, erradicar normas inconstitucionais do ordenamento jurídico).

Assim, não poderá o Poder Judiciário, por exemplo, sob o fundamento de conferir tratamento isonômico, estender aos servidores públicos da categoria "A" vantagem concedida pela lei apenas à categoria "B", ainda que tais categorias se encontrem em situação de plena igualdade jurídica.

4.4. Princípio da legalidade (art. 5.°, II)

Afirma o inciso II do art. 5.° da Constituição que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Trata-se do princípio da legalidade, base direta da própria noção de Estado de Direito, implantada com o advento do constitucionalismo, porquanto acentua a idéia de "governo das leis", expressão da vontade geral, e não mais "governo dos homens", em que tudo se decidia ao sabor da vontade, dos caprichos, do arbítrio de um governante.

O enunciado desse inciso II do art. 5.° veicula a noção mais genérica do princípio da legalidade. No que respeita aos particulares, tem ele como corolário a afirmação de que somente a lei pode criar obrigações e, por outro lado, a asserção de que a inexistência de lei proibitiva de determinada conduta implica ser ela permitida.

Relativamente ao Poder Público, outro é o conteúdo do princípio da legalidade. Sendo ele a consagração da idéia de que o Estado se sujeita às leis e, ao mesmo tempo, de que governar é atividade cuja realização exige a edição de leis (governo ***sub*** *lege* e ***per*** *lege),* tem como corolário a confirmação de que o Poder Público não pode atuar, nem contrariamente às leis, nem na ausência de lei. Não se exclui, aqui, a possibilidade de atividade discricionária pela Administração Pública, mas a discricionariedade não é, em nenhuma hipótese, atividade desenvolvida na ausência de lei, e sim atuação nos limites da lei, quando esta deixa alguma margem para a Administração agir conforme critérios de oportunidade e conveniência, repita-se, segundo

os parâmetros genéricos estabelecidos na lei. O princípio da legalidade, especificamente no que concerne à Administração Pública, é reiterado no *caput* do art. 37 da Constituição.

Outro desdobramento importante do princípio da legalidade, também reiterado em ponto específico do texto constitucional, refere-se à atividade de tributação. O constituinte preocupou-se, no inciso I do art. 150 da Constituição, em afirmar que é vedado aos entes federados "exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça". Aqui é ainda maior a rigidez do princípio, porque não só fica proibida a atuação na ausência de lei, mas, ainda, é afastada a possibilidade de atuação discricionária no exercício das atividades de exigência de tributos.

Também específico é o inciso XXXIX do art. 5.° da Constituição, segundo o qual "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Nesse caso, tamanha é a rigidez que fica afastada até mesmo a possibilidade de atuação regulamentar do Poder Executivo, porquanto é exigido que a própria lei formal defina todos os elementos necessários à tipificação da conduta como crime e que a própria lei estabeleça, ela mesma, as penas aplicáveis.

Ponto relevante é o que tange à distinção entre princípio da legalidade e princípio da reserva legal.

De um modo geral, os autores prelecionam que devemos falar em "reserva legal" quando o texto constitucional exige expressamente regulação mediante lei para uma matéria específica.[3]

Assim, seriam exemplos de "reserva legal" o inciso XIII do art. 5.° ("é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer"), o inciso XVIII do art. 5.° ("a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento"), o § 1.° do art. 9.°, sobre o direito de greve dos trabalhadores em geral ("a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das

Transcreve-se a lição de André Ramos Tavares:
"É preciso salientar, ainda, a distinção entre o princípio da legalidade e o princípio da reserva de lei.
O princípio da legalidade reparte-se, como visto acima, em dois *fronts.* Em primeiro, exige o respeito à lei posta. Em segundo lugar, impõe que não se crie direito ou dever sem amparo legal; se não há lei, não há suporte para qualquer exigência ou benefício público.
Já a expressão 'reserva de lei' assume sentido próprio, que não se confunde com o princípio da legalidade, embora para ele aponte como seu horizonte mais próximo. Pela reserva legal estabelece-se a obrigatoriedade de tratamento de determinadas e específicas matérias por meio de lei.
Enquanto o princípio da legalidade revela-se pela previsão geral, como visto, no sentido de que não se criam direitos ou deveres sem lei, no caso da reserva legal há a previsão expressa e pontual, para uma específica matéria, da necessidade da regulamentação por meio de lei."

necessidades inadiáveis da comunidade"); o inciso I do art. 37 ("os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei"), o inciso XIX do art. 37 ("somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação"), o § 3.° do art. 37 ("a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta..."); o § 1.° do art. 173 ("a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica") e muitos outros.

De pronto, podemos observar que, em alguns casos, dependendo do entendimento que se dê à expressão "em virtude de lei", constante do enunciado do princípio da legalidade (art. 5.°, II), poderia haver sobreposição de comandos constitucionais, ou seja, teríamos simplesmente um comando geral (o princípio da legalidade) e outro específico (a cláusula de reserva legal contida em determinada norma constitucional), mas o conteúdo do comando específico já estaria inteiramente englobado no princípio geral.

Por exemplo, caso se entenda que a "lei" a que se refere o princípio da legalidade é, obrigatoriamente, a lei formal (atos primários emanados do Poder Legislativo, bem como as leis delegadas e as medidas provisórias), a cláusula de reserva legal constante do inciso XIII do art. 5.° seria somente uma espécie de reiteração ou de "reforço", mas, a rigor, seria desnecessária. Com efeito, dizer que alguém só será obrigado a atender a determinadas qualificações profissionais para poder exercer uma profissão se essas qualificações forem estabelecidas em lei formal (conteúdo da cláusula de reserva legal do inciso XIII do art. 5.°) não seria, a rigor, necessário, se se entender que qualquer obrigação a qualquer pessoa exige forçosamente lei formal para ser imposta (conteúdo do princípio da legalidade, se se considerar que a "lei" a que ele se refere seja, obrigatoriamente, a lei formal).

Acontece, entretanto, que há importantes juristas que entendem que a expressão "em virtude de lei", constante do inciso II do art. 5.°, aplica-se não só à lei formal, mas também a atos normativos infralegais (atos administrativos). Na opinião deles, a existência de regras constitucionais específicas estabelecendo hipóteses expressas de reserva legal justifica-se, exatamente, pelo fato de que, só com base no princípio da legalidade (art. 5.°, II), não seria vedada a criação de determinadas obrigações para os particulares por meio de atos infralegais.

Nossa jurisprudência, em alguns assuntos, embora não o diga textualmente, parece adotar a posição exposta no parágrafo precedente. Por exemplo, em matéria tributária, é consagrado o entendimento jurisprudencial de que obrigações acessórias (obrigações de fazer ou deixar de fazer qualquer coisa

que não seja pagar tributo ou multa tributária) podem ser instituídas mediante atos infralegais. Tal entendimento, entretanto, originou-se sob a Constituição pretérita, a partir da interpretação do art. 97 do Código Tributário Nacional, o qual traz uma lista de matérias tributárias que só podem ser estabelecidas por meio de lei, e que era tida pela doutrina da época como uma lista taxativa. Muitos dos mais renomados tributaristas atuais rechaçam com veemência essa posição jurisprudencial, propugnando a necessidade de sua revisão à luz do ordenamento constitucional vigente, pelo qual, na visão deles, seria inadmissível essa interpretação de que a expressão "lei" constante do enunciado do princípio da legalidade (art. 5.°, II) possa ser considerada "lei em sentido amplo", abrangendo atos infralegais.

Seja como for, dois pontos devem ser frisados.

O primeiro é que não existe polêmica quanto ao fato de que o vocábulo "lei" utilizado nas diversas disposições constitucionais que veiculam hipóteses de "reserva legal" aplica-se exclusivamente à lei formal (atos primários emanados do Poder Legislativo, bem como as leis delegadas e as medidas provisórias, observadas as restrições constitucionais ao uso desses dois últimos atos normativos, vazadas no art. 68 e no art. 62 da Constituição, respectivamente).

O segundo é que, mesmo que se entendesse que a expressão "em virtude de lei" utilizada na redação do princípio geral da legalidade (art. 5.°, II) refere-se obrigatoriamente à lei formal, não seria verdadeiro que em todas as disposições constitucionais nas quais haja "reserva legal" esta seja um mero reforço do princípio da legalidade ou mesmo um comando desnecessário. Isso somente seria verdade nos casos em que a norma constitucional que contenha cláusula de "reserva legal" seja uma norma pertinente a conduta de particulares, isto é, seja uma norma da qual decorra a criação de obrigações de fazer ou não-fazer para os particulares. Em todos os demais casos, não se poderia falar em sobreposição, mesmo que se entendesse que o princípio da legalidade implica a exigência de lei formal. Tomando alguns dos exemplos antes enumerados, observamos que nunca se poderia falar em "sobreposição", em "mero reforço", ou em "comando inútil" com referência à regra do inciso XIX do art. 37 ("somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação..."), ou à do § 1.° do art. 173 ("a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica"). Esses exemplos, nos quais indiscutivelmente temos dispositivos constitucionais com cláusula explícita de "reserva legal", não estão albergados no conteúdo do princípio da legalidade (art. 5.°, II), seja qual for a interpretação que se dê à palavra "lei" empregada em seu enunciado, haja vista que eles não contêm em seus comandos nenhuma obrigação de "fazer" ou "não-fazer".

Não obstante, cumpre-nos registrar, e enfatizar, que a doutrina constitucionalista dominante tem propugnado, deveras, o reconhecimento de uma rigidez menor ao princípio da legalidade do que às hipóteses de reserva legal. Aquele significaria exigência não só de lei formal para instituir obrigações de fazer ou não-fazer, ou seja, tais obrigações poderiam decorrer, também, de atos infralegais, desde que expedidos nos limites estabelecidos na lei.

Nessa esteira, o Prof. José Afonso da Silva afirma que "o primeiro (legalidade) significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo (reserva legal) consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal." Note-se que, para o renomado constitucionalista, o princípio da legalidade poderá ser satisfeito não somente com a expedição de lei formal, mas, também, pela "atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador", o que dá margem à expedição de atos infralegais, nos limites fixados pelo legislador, que estabeleçam obrigações de fazer ou não-fazer.

Ainda nessa linha de pensamento, citamos o Prof. Alexandre de Moraes, para o qual a legalidade estabelece a necessidade de lei elaborada conforme as regras constitucionais do processo legislativo, a fim de que possa impor comportamentos forçados. Já a reserva legal incide tão-somente sobre os campos materiais especificados pela Constituição, de modo que, "se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, apenas alguns estão submetidos ao da reserva da lei, que é de menor abrangência, mas de maior densidade ou conteúdo, por exigir o tratamento de matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem a participação normativa do Executivo." Interpretando essa lição do insigne autor, podemos inferir que, para ele, o princípio da legalidade (art. 5.°, II) pode ser satisfeito pela lei ou pela atuação normativa do Poder Executivo (atos infralegais editados nos termos e limites da lei), diferentemente do que ocorre nas hipóteses de reserva legal. Por isso, o princípio da legalidade é mais abrangente, porém menos denso, ao passo que a reserva legal, exatamente por ser mais específica, é mais rígida, tem maior densidade de conteúdo.

Legalidade	**Reserva legal**
Exige lei formal, ato com força de lei, ou atos expedidos nos limites destes	Exige lei formal, ou atos com força de lei
Maior abrangência	Menor abrangência
Menor densidade ou conteúdo	Maior densidade ou conteúdo

4.5. Liberdade de expressão (art. 5.°, IV, V, IX, XIV)

Neste tópico, analisaremos quatro incisos do art. 5.° da Constituição que estão, direta ou indiretamente, relacionados ao direito à liberdade de expressão.

Nos termos do inciso IV do art. 5.°, "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". Trata-se de regra ampla, e não dirigida a destinatários específicos. Qualquer pessoa, em princípio, pode manifestar o que pensa, desde que não o faça sob o manto do anonimato.

Conforme ensina o Prof. Alexandre de Moraes, "a proteção constitucional engloba não só o direito de expressar-se, oralmente, ou por escrito, mas também o direito de ouvir, assistir e ler".

A vedação ao anonimato, que abrange todos os meios de comunicação, tem o intuito de possibilitar a responsabilização de quem cause danos a terceiros em decorrência da expressão de juízos ou opiniões ofensivos, levianos, caluniosos, difamatórios etc. Merece transcrição esta lição do Min. Celso de Mello, proferida em seu voto na questão de ordem suscitada no Inquérito 1.957/PR, julgado em 11.05.2005:

> Sabemos, Senhor Presidente, que o veto constitucional ao anonimato, nos termos em que enunciado (CF, art. 5.°, IV, 'in fine'), busca impedir a consumação de abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e na formulação de denúncias apócrifas, pois, ao exigir-se a identificação de seu autor, visa-se, em última análise, com tal medida, a possibilitar que eventuais excessos derivados de tal prática sejam tornados passíveis de responsabilização, 'a posteriori', tanto na esfera civil quanto no âmbito penal, em ordem a submeter aquele que os cometeu às conseqüências jurídicas de seu comportamento.
>
> **(...)**
>
> Torna-se evidente, pois, Senhor Presidente, que a cláusula que proíbe o anonimato - ao viabilizar, 'a posteriori', a responsabilização penal e/ou civil do ofensor - traduz medida constitucional destinada a desestimular manifestações abusivas do pensamento, de que possa decorrer gravame ao patrimônio moral das pessoas injustamente desrespeitadas em sua esfera de dignidade, qualquer que seja o meio utilizado na veiculação das imputações contumeliosas.

A vedação ao anonimato impede, também, como regra geral, o acolhimento de denúncias anônimas (delação apócrifa), conforme se constata das seguintes conclusões, que encerram o voto do Min. Celso de Mello no Inquérito 1.957/PR (questão de ordem):

> (a) os escritos anônimos não podem justificar, só por si, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração da 'persecutio criminis', eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante seqüestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o 'crimen falsi', p. ex.);
>
> (b) nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima ('disque-denúncia', p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, 'com prudência e discrição', a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da 'persecutio criminis', mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas; e
>
> (c) o Ministério Público, de outro lado, independentemente da prévia instauração de inquérito policial, também pode formar a sua 'opinio delicti' com apoio em outros elementos de convicção que evidenciem a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de sua autoria, desde que os dados informativos que dão suporte à acusação penal não tenham, como único fundamento causai, documentos ou escritos anônimos.

Em aresto ulterior, reiterou essa orientação o Supremo Tribunal Federal, ao deferir *habeas corpus* para trancar, por falta de justa causa, notícia-crime instaurada, por requisição do Ministério Público Federal, com base **unicamente** em denúncia anônima. Asseverou então a Corte Suprema que a instauração de procedimento criminal originada apenas em documento apócrifo seria contrária à ordem jurídica constitucional, que veda expressamente o anonimato, ofenderia a dignidade da pessoa humana, permitindo a prática do denuncismo inescrupuloso, e impossibilitaria eventual indenização por danos morais ou materiais, contrariando os princípios consagrados nos incisos V e X do art. 5.° da Carta da República.[4]

Os direitos da pessoa que sofra um dano em razão de manifestação indevida por parte de outrem estão explicitados no inciso V do art. 5.° da Constituição, nestes termos:

[4] HC 84.827/TO, rei. Min. Marco Aurélio, 07.08.2007.

> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

O direito de resposta está orientado pelo critério da proporcionalidade, isto é, a resposta deve ser assegurada no mesmo meio de comunicação em que o agravo foi veiculado, e deve ter o mesmo destaque e a mesma duração (se em meio sonoro ou audiovisual) ou tamanho (se em meio escrito). Deve-se ressaltar que o direito de resposta não afasta o direito à indenização.

O direito de resposta e o direito à indenização por danos morais e materiais - anote-se que essas indenizações são cumuláveis - aplicam-se tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas que sejam ofendidas pela expressão indevida de juízos ou opiniões. Segundo o Prof. Alexandre de Moraes, esses direitos são cabíveis "até mesmo em relação às coletividades (interesses difusos ou coletivos)".

Complementando as normas antes vistas acerca do direito à liberdade de expressão, o inciso IX do art. 5.° estabelece a garantia de vedação à censura prévia, nestes termos: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença".

A liberdade de expressão, mesmo com o **fim da censura prévia,** não dispõe de caráter absoluto, visto que encontra limites em outros valores protegidos constitucionalmente, sobretudo, na inviolabilidade da privacidade e da intimidade do indivíduo e na vedação ao racismo.

Conforme salienta Alexandre de Moraes, a liberdade de expressão deve ser exercida com responsabilidade e o seu desvirtuamento para o "cometimento de fatos ilícitos, civil ou penalmente, possibilitará aos prejudicados plena e integral indenização por danos materiais e morais, além do efetivo direito de resposta".

Por fim, merece nota o inciso XIV do art. 5.°, na dicção do qual "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional".

Consoante afirmado acima, o direito fundamental de acesso à informação, como ocorre com todos os demais, não é absoluto. Ele se refere, essencialmente, a informações que possam ser de interesse público ou geral, não cabendo dele cogitar quando se trate de informações que digam respeito exclusivamente à intimidade e à vida privada do indivíduo, as quais são objeto de proteção constitucional expressa (art. 5.°, X). Por outras palavras, todos têm o direito de acesso a informações que possam ser de interesse geral, mas não existe um direito de acesso a informações que só interessem à esfera privada de determinada pessoa. Conforme sintetiza o Prof. Alexandre de Moraes, há "necessidade de distinguir as informações de fatos de interesse público, da vulneração de condutas íntimas e pessoais, protegidas pela

inviolabilidade à vida privada, e que não podem ser devassadas de forma vexatória ou humilhante".

A proteção ao sigilo da fonte, assegurada na parte final do inciso XIV do art. 5.°, tem como mais importantes destinatários os profissionais do jornalismo, uma vez que possibilita que estes obtenham informações que, sem essa garantia, certamente não seriam reveladas. Com efeito, o fato de o sigilo da fonte ser estabelecido como uma garantia fundamental permite que o indivíduo que possua informações que julgue devessem ser tornadas públicas, mas se reveladas diretamente por ele colocariam em risco sua segurança, ou trariam para ele qualquer outra espécie de prejuízo, transmita essas informações a um jornalista em quem confie, para que este as torne públicas, sem declinar o nome de sua fonte. Bastará que o informante confie na palavra do jornalista (ou em outro profissional que trabalhe com divulgação de informações), porque sabe que existe a garantia constitucional de que o Estado não terá possibilidade de impor qualquer sanção ao jornalista que se recuse a revelar a fonte de sua informação.

Note-se que a garantia do sigilo da fonte não conflita com a vedação ao anonimato. O jornalista (ou profissional que trabalhe com divulgação de informações) veiculará a notícia em seu nome, e está sujeito a responder pelos eventuais danos indevidos que ela cause. Assim, embora a fonte possa ser sigilosa, a divulgação da informação não será feita de forma anônima, de tal sorte que não se frustra a eventual responsabilização de quem a tenha veiculado - e a finalidade da vedação ao anonimato é exatamente possibilitar a responsabilização da pessoa que ocasione danos em decorrência de manifestações indevidas.

4.6. Liberdade de crença religiosa e convicção política e filosófica (art. 5.°, VI, VII, VIII)

Assegura o inciso VIII do art. 5.° que "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei".

O dispositivo em comento consagra o direito à denominada "escusa de consciência", "objeção de consciência", ou ainda "alegação de imperativo de consciência", possibilitando que o indivíduo recuse cumprir determinadas obrigações ou praticar atos que conflitem com suas convicções religiosas, políticas ou filosóficas, sem que essa recusa implique restrições a seus direitos.

A escusa de consciência não permite, entretanto, que a pessoa simplesmente deixe de cumprir a obrigação legal a todos imposta e nada mais faça. Nesses casos - de haver uma obrigação legal geral cujo cumprimento afronte

convicção religiosa, filosófica ou política -, o Estado poderá impor a quem alegue imperativo de consciência uma prestação alternativa, compatível com suas crenças ou convicções, fixada em lei. Se o Estado estabelece a prestação alternativa e o indivíduo recusa o seu cumprimento, aí sim poderá ser privado de direitos.

Constata-se, portanto, que o inciso VIII do art. 5.° veicula uma norma constitucional de eficácia contida, na tradicional classificação de José Afonso da Silva. Com efeito, a escusa de consciência é plenamente exercitável, sem quaisquer conseqüências para o indivíduo, enquanto não for editada lei que estabeleça prestação alternativa ao cumprimento de determinada obrigação. Somente depois da edição da lei é que ninguém poderá alegar objeção de consciência e também se recusar a cumprir a prestação alternativa (que não é uma sanção). Caso o faça, isto é, caso se recuse a cumprir a obrigação legal a todos imposta e também a adimplir a prestação alternativa prevista em lei, então, e somente então, poderá ser privado de direitos.

O indivíduo que alegar imperativo de consciência para eximir-se de obrigação legal geral e também se recusar a cumprir a prestação alternativa estabelecida em lei estará sujeito à suspensão de seus direitos políticos, nos termos do art. 15, inciso IV, da Constituição.[5]

Vale registrar, também, que, tratando de forma específica do serviço militar obrigatório, a Carta Política, em seu art. 143, § 1.°, assim dispõe: "às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar".

Por fim, particularmente no tocante à liberdade de convicção religiosa, é oportuno mencionar, como complemento, o inciso VI do art. 5.°, o qual declara que "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias". E possui também como fundamento a liberdade religiosa o inciso VII do mesmo artigo, determinando que "é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva". Esses dois dispositivos reportam ao fato de que o Brasil é um Estado laico, conforme explicitado no inciso I do art. 19 da Constituição, que veda à União, aos estados, ao

Nos termos da Lei n.° 8.239/1991, a hipótese é de **suspensão** dos direitos políticos. Cumpre-nos registrar, contudo, que importantes constitucionalistas entendem que se trata de caso de **perda** dos direitos políticos, como ilustra o excerto seguinte, de lavra do Prof. Alexandre de Moraes: "Apesar de a lei referir-se à suspensão, trata-se de perda, pois não configura uma sanção com prazo determinado para terminar. O que a lei possibilita é a reaquisição dos direitos políticos, a qualquer tempo, mediante o cumprimento das obrigações devidas."

Distrito Federal e aos municípios "estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público".

4.7. Inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5.°, X)

Determina o texto constitucional que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art. 5.°, X).

A indenização, na hipótese de violação a um desses bens da pessoa, poderá ser cumulativa, vale dizer, poderá ser reconhecido o direito à indenização pelo dano material e moral, simultaneamente, se a situação ensejar.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, para a condenação por dano moral **não** se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. No entendimento da Corte Suprema, a mera publicação não consentida de fotografias gera o direito à indenização por dano moral, independentemente de ocorrência de ofensa à reputação da pessoa, porquanto o uso indevido da imagem, de regra, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento ao fotografado, que deve ser reparado.

A dor sofrida com a perda de ente familiar também é indenizável a título de danos morais, visto que a expressão "danos morais" não se restringe às hipóteses de ofensa à reputação, dignidade e imagem da pessoa.

Em relação às ações de investigação de paternidade, o Supremo Tribunal Federal firmou orientação reconhecendo a impossibilidade de coação do possível pai para realizar o exame do DNA, porque essa medida implicaria ofensa a diversas garantias constitucionais explícitas e implícitas, como a preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer.[6]

O Estado também responde pelos atos ofensivos (morais) praticados pelos agentes públicos, inclusive por autoridade judiciária, no exercício de suas funções, assegurado ao Estado o direito de regresso contra o agente nas hipóteses de este haver atuado com dolo ou culpa.

Cabe anotar, ainda, que pessoas jurídicas também têm direito à indenização por danos morais, em razão de fato ofensivo à sua honra e à imagem.

[6] HC 71.373/RS, Pleno, rei Min. Francisco Rezek, 22.11.1996.

Porém, segundo orientação do STF, pessoas jurídicas não podem ser sujeito passivo de crime de calúnia e injúria.

Por fim, cumpre destacar que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o **sigilo bancário** é espécie do direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas, sendo a sua inviolabilidade assegurada pelo inciso X do art. 5.°, ora em foco.[7] Não obstante, considerando a inexistência de direitos absolutos em nosso ordenamento constitucional, o Pretório Excelso mais de uma vez afirmou que o sigilo deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da justiça, sendo, portanto, perfeitamente possível a quebra do sigilo bancário, desde que observados os procedimentos estabelecidos em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade, como, por exemplo, em face de investigação fundada em suspeita plausível de infração penal, mediante ordem judicial;[8] a própria Constituição estabelece hipóteses, implícitas e explícitas, de exceção à garantia do sigilo bancário, como ocorre em seu art. 58, § 3.°.

É importante, ainda, registrar que a Lei Complementar n.° 105/2001, editada pela União, autoriza a quebra de sigilo bancário por agentes do fisco, sem necessidade de ordem judicial. Embora essa lei seja objeto de ações diretas de inconstitucionalidade,[9] ela está, hoje, em pleno vigor; os julgamentos das referidas ações estão suspensos (e as liminares pedidas, que visavam a suspender a aplicação da lei, foram negadas pela Corte Suprema).

Em síntese, tendo em vista o texto constitucional, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a lei específica que regulamenta a matéria (Lei Complementar n.° 105/2001), são as seguintes as hipóteses em que, hoje, a garantia de inviolabilidade do sigilo bancário pode ser afastada:

a) por determinação judicial;

b) por determinação do Poder Legislativo, mediante aprovação pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito - CPI;

c) por determinação do Ministério Público, desde que no âmbito de procedimento administrativo visando à defesa do patrimônio público;[10]

d) por determinação das autoridades e agentes fiscais tributários da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, quando houver processo

[7] RE 219.780/PE, rei. Min. Carlos Velloso, 13.04.1999; MS 22.801, rei. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 17.12.2007.

[8] RMS 23.002/RJ, rei. Min. limar Galvão, 02.10.1998; AI-AgR 541.265/SC, rei. Min. Carlos Velloso, 04.10.2005.

[9] ADI 2.386/DF, 2.390/DF, 2.397/DF, 4.010/DF.

[10] MS 21.729/DF, rei. orig. Min. Marco Aurélio; rei. p/ acórdão Min. Francisco Rezek, 05.10.1995.

administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente (LC n.° 105/2001, arts. 5.° e 6º).

4.8. Inviolabilidade domiciliar (art. 5.°, XI)

Determina o texto constitucional que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial" (art. 5.°, XI).

A inviolabilidade não alcança somente "casa", residência do indivíduo. Alcança, também, qualquer recinto fechado, não aberto ao público, ainda que de natureza profissional (escritório do advogado, consultório do médico, dependências privativas da empresa etc).

Em cumprimento à ordem judicial, só poderá haver ingresso durante o dia; para prestar socorro, diante de desastre ou flagrante delito, pode-se adentrar em qualquer hora do dia ou da noite.

Esse dispositivo pôs termo à possibilidade de determinações administrativas de busca e apreensão de documentos, práticas, hoje, absolutamente inconstitucionais. Sob a vigência do atual texto constitucional, buscas e apreensões só são legítimas se determinadas pelo Poder Judiciário ("reserva jurisdicional"). Assim, ressalvadas as situações excepcionais apontadas no art. 5.°, XI, da Constituição, se não houver consentimento, as autoridades administrativas (fiscais fazendários, trabalhistas, sanitários, ambientais e servidores congêneres) somente poderão adentrar nas dependências dos administrados se munidos de ordem judicial autorizativa (mandado de busca e apreensão judicial). Mesmo diante de fortes indícios de que, no interior do estabelecimento, haja provas contundentes da prática de ilícitos, se não houver consentimento, não poderá o agente administrativo executar a busca e apreensão, sem autorização do Poder Judiciário.

4.9. Inviolabilidade das correspondências e comunicações (art. 5.°, XII)

Reza o texto constitucional que "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal" (art. 5.°, XII).

Embora a autorização expressa para a violação excepcional refira-se, tão-somente, às comunicações telefônicas, a garantia da inviolabilidade das

correspondências também não é absoluta, visto que não existem direitos e garantias fundamentais de caráter absoluto no Estado brasileiro. Assim, numa situação concreta, em que estejam em jogo outros valores constitucionalmente protegidos (direito à vida, por exemplo), poderá ocorrer a violação das correspondências, para salvaguardar o direito à vida.

Nesse sentido, o STF deixou assente ser possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que tais liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas."

Assim, uma "carta confidencial" remetida pelo seqüestrador à família do seqüestrado certamente poderá ser violada e utilizada em juízo como prova, sem se falar em desrespeito ao sigilo das correspondências, pois o seqüestrador foi quem primeiro desrespeitou os direitos fundamentais do seqüestrado e de sua família, merecendo, estes sim, a tutela da ordem jurídica.

Ademais, o próprio texto constitucional prevê circunstâncias excepcionais que admitem a restrição dessas garantias, como o estado de defesa e o estado de sítio (CF, arte. 136, § 1.°, e 139).[12]

O inciso em comento admite expressamente a possibilidade de **interceptação das comunicações telefônicas,** desde que após ordem judicial e nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. São, portanto, três os requisitos necessários para a violação das comunicações telefônicas (interceptação telefônica):

a) uma lei que preveja as hipóteses e a forma em que pode ocorrer a interceptação telefônica, obrigatoriamente no âmbito de investigação criminal ou instrução processual penal;

b) a existência efetiva de investigação criminal ou instrução processual penal;

[11] HC 70.814/SP, rei. Min. Celso de Mello, 01.03.1994: "A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, **sempre excepcionalmente,** proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar **não pode** constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas."

[12] Conforme a lição do Ministro Celso de Mello, na EExt 1.021, de 06.03.2007: "Essas hipóteses excepcionais, no entanto, que autorizam o afastamento da garantia da inviolabilidade das comunicações telefônicas - que não se reveste de caráter absoluto, como qualquer garantia de índole constitucional (RTJ 148/366 - RTJ 173/805-810 - RTJ 182/560, 567 - RTJ 190/139-143, *v.g.)* -, podem, ainda, estender-se, extraordinariamente, a outros casos, desde que o Estado, em situação de **anormalidade** (que se revele, por efeito de sua natureza mesma, derrogatória do regime de legalidade ordinária), venha a utilizar-se, apoiando-se nos mecanismos especiais de proteção de sua ordem institucional, dos denominados poderes de crise que a própria Constituição da República lhe outorga na vigência do **estado de defesa (CF,** art. 136, **§ 1.°, I, 'c')** ou do **estado de sítio (CF,** art. 139, III)."

c) a ordem judicial específica para o caso concreto (trata-se da denominada "reserva de jurisdição"; nem mesmo comissão parlamentar de inquérito - CPI pode determinar interceptação telefônica).

Enfatize-se que mesmo a atuação do magistrado na autorização da interceptação telefônica é limitada pelo texto constitucional, uma vez que ele só poderá autorizar a escuta para fins de investigação criminal ou instrução processual penal e, ainda assim, nas estritas hipóteses e termos que a lei estabelecer. Se ocorrer uma autorização judicial para interceptação telefônica destinada a viabilizar uma investigação administrativa ou civil (em um processo administrativo disciplinar ou numa ação de improbidade administrativa, por exemplo), será ela flagrantemente inconstitucional, e a prova daí resultante estará contaminada pela ilicitude (teoria dos frutos da árvore envenenada).

Vale registrar que, em face dessa restrição - possibilidade de ser autorizada a interceptação telefônica exclusivamente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal -, o STF já decidiu ser inadmissível a interceptação telefônica no curso de processo de extradição, haja vista que esse processo "não se destina a viabilizar investigação criminal nem a instruir processo penal de condenação instaurados no Brasil".[13]

Entretanto, segundo a jurisprudência do STF, uma vez obtidas as provas, mediante interceptação telefônica autorizada pelo juízo competente no curso de instrução processual penal ou de investigação criminal, poderá o seu uso ser ulteriormente compartilhado para instruir processo de natureza administrativa. Com efeito, segundo o Tribunal, "os elementos informativos de uma investigação criminal, ou as provas colhidas no bojo de instrução processual penal, desde que obtidos mediante interceptação telefônica devidamente autorizada por juiz competente, podem ser compartilhados para fins de instruir procedimento administrativo disciplinar".[14]

A regulamentação desse dispositivo foi efetivada com a edição da Lei n.° 9.296/1996. Até a edição dessa lei, o STF considerou inconstitucionais todas as interceptações telefônicas autorizadas pelos magistrados, e determinou a retirada dos autos de todas as provas levantadas por meio da medida, por constituírem provas ilícitas.

A Lei n.° 9.296/1996 veio legitimar a interceptação das comunicações telefônicas como meio de prova, estendendo também a sua regulação à interceptação do fluxo de comunicações em **sistemas de informática e telemática** (combinação dos meios de comunicação com informática) - *e-mail* (correio eletrônico), fax e outros -, nos mesmos moldes em que autorizada constitucionalmente a interceptação da comunicação telefônica propriamente dita, e para os mesmos fins.

EExt 1.021, rei. Min. Celso de Mello, 06.03.2007.
Inq 2.725 QO/SP, rei. Min. Carlos Britto, 25.06.2008.

Por se tratar de medida excepcional, a Lei só permite a interceptação quando houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punível com **reclusão** e, ainda assim, se a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis. Entretanto, embora a Lei n.° 9.296/1996 só autorize a interceptação telefônica para a apuração de crimes puníveis com a pena de **reclusão,** o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que, uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletadas dessa diligência podem subsidiar denúncia concernente a crimes puníveis com pena de **detenção,** desde que conexos aos primeiros tipos penais (puníveis com reclusão) que justificaram a interceptação.[15]

A Lei permite ao magistrado autorizar a interceptação telefônica pelo período de quinze dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova. Entretanto, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível a prorrogação desse prazo, mesmo que por sucessivas vezes, especialmente quando a complexidade do fato exige investigação diferenciada e contínua, não havendo, em tais prorrogações, nenhuma ofensa ao art. 5.°, *caput,* da Lei n.° 9.296/1996.[16]

Para fundamentar o pedido de prorrogação da interceptação, exige-se relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Não é exigida a **transcrição total** das conversas, pois essa medida, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias.

Por último, é relevante destacar que o Supremo Tribunal Federal entende que esse dispositivo constitucional não impede o acesso aos dados em si, mas protege, tão-só, a **comunicação** desses dados. Por exemplo, será legítima a apreensão de um computador ou de equipamentos de informática que contenham dados do indivíduo, e a utilização desses dados em investigações ou instrução processual, desde que a apreensão seja feita regularmente, em cumprimento a mandado judicial fundamentado. No julgamento do RE 418.416-SC, rei. Min. Sepúlveda Pertence, em 10.05.2006, analisando um caso concreto em que tinha sido feita uma apreensão regular de computador para obter os dados gravados em seu disco rígido e utilizá-los em investigação criminal, o Pleno da Corte Excelsa, por maioria, decidiu (transcrição de excerto da ementa):

> 3. Não há violação do art. 5.°, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve 'quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial'.

[15] HC 83.515/RS, rei. Min. Nelson Jobim, 19.09.2004.
[16] HC 83.515/RS, rei. Min. Nelson Jobim, 19.09.2004.

> 4. A proteção a que se refere o art. 5.°, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador, (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270).

4.10. Liberdade de atividade profissional (art. 5.°, XIII)

Dispõe o texto constitucional que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer" (art. 5.°, XIII).

Esse inciso constitucional consubstancia norma de **eficácia contida,** isto é, dotada de aplicabilidade imediata, porém sujeita a restrições a serem impostas pelo legislador ordinário.

Assim, enquanto não estabelecidas em lei as qualificações para o exercício de determinada profissão, qualquer indivíduo poderá exercê-la. Quando estabelecidas as qualificações profissionais pelo legislador, somente aqueles que cumprirem tais qualificações poderão exercer a profissão.

4.11. Liberdade de reunião (art. 5.°, XVI)

Determina o texto constitucional que "todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente" (art. 5.°, XVI).

O direito de reunião é meio de manifestação coletiva da liberdade de expressão, em que pessoas se associam **temporariamente** tendo por objeto um interesse comum, que poderá ser, por exemplo, o mero intercâmbio de idéias, a divulgação de problema da comunidade ou a reivindicação de alguma providência.

Essa proteção constitucional refere-se não só às reuniões estáticas, em específico local aberto ao público, como também às manifestações em percurso móvel, como as passeatas, os comícios, os desfiles etc.

O direito constitucional de reunião protege, de outra parte, a pretensão do indivíduo de não se reunir a outros.

São as seguintes as características do direito de reunião assegurado na Constituição Federal de 1988:

a) finalidade pacífica;

Existe direito de reunião, desde que esta seja meio de expressão coletiva com intuito lícito e pacífico. Não há direito à realização de reuniões que tenham por fim praticar quaisquer espécies de atos de violência.

b) ausência de armas;

Os participantes da reunião não poderão portar armas. Assim, por exemplo, uma reunião de policiais civis grevistas portando armas constitui flagrante desrespeito à Constituição.

Porém, se algum dos manifestantes, isoladamente, estiver portando arma, esse fato não autoriza a dissolução da reunião pelo Poder Público. Nesse caso, a autoridade policial competente deverá desarmar ou afastar o indivíduo infrator, prosseguindo a reunião com os demais participantes desarmados.

Em suma, o que é vedado é a realização de uma "reunião armada". Na hipótese de um indivíduo presente em uma reunião estar armado, isoladamente, não se há de falar em uma "reunião com armas". O porte da arma, isoladamente, por um indivíduo presente à reunião, não a transforma em uma "reunião armada", cabendo à autoridade policial competente apenas adotar, relativamente a esse indivíduo, as mesmas providências que adotaria se o encontrasse armado em qualquer outro local público.

c) locais abertos ao público;

O direito de reunião deve ser exercido em local aberto ao público, ainda que em percurso móvel, evitando-se com isso a perturbação da ordem pública, ou mesmo a lesão a eventual direito de propriedade. Um exemplo exagerado de infração ao direito de reunião seria a tentativa de realização de uma reunião de manifestantes no recinto do Palácio do Planalto, ambiente de trabalho do Presidente da República.

d) não-frustração de outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local;

O direito de reunião de um grupo não pode atrapalhar reunião anteriormente convocada para o mesmo local por outros indivíduos, já previamente avisada à autoridade competente.

e) desnecessidade de autorização;

O direito de reunião independe de autorização. Significa dizer que as autoridades públicas não dispõem de competência e discricionariedade para decidirem pela conveniência, ou não, da realização da reunião, tampouco para interferirem indevidamente nas reuniões lícitas e pacíficas, em que não haja lesão ou perturbação à ordem pública.

f) necessidade de prévio aviso à autoridade competente.

O direito de reunião não exige autorização, mas exige prévio aviso à autoridade competente.

Esse prévio aviso tem por fim dar conhecimento à autoridade competente sobre a realização da reunião, para que esta adote as providências que se fizerem necessárias, tais como a regularização do trânsito, a garantia da segurança e da ordem públicas, o impedimento de realização de outra reunião para o mesmo local.

Ademais, vale lembrar que a própria Constituição Federal, em circunstâncias excepcionais, admite expressamente a restrição e até a suspensão do direito de reunião. Assim, na hipótese de decretação do estado de defesa (CF, art. 136, § 1.°, I, "a") e do estado de sítio (CF, art. 139, IV) o direito de reunião, ainda que exercida no seio das associações, poderá sofrer restrições, permitindo-se, até, no caso do estado de sítio, a suspensão temporária desse importante direito constitucional.

Um último relevante apontamento sobre o direito de reunião diz respeito ao instrumento jurídico adequado à sua tutela. Caso ocorra lesão ou ameaça de lesão ao direito de reunião, ocasionada por alguma ilegalidade ou arbitrariedade por parte do Poder Público, o indivíduo deverá impetrar um **mandado de segurança,** e não *habecis corpus* (este, como se sabe, destina-se à proteção do direito de locomoção, nos termos do art. 5.°, LXVIII, da Constituição).

4.12. Liberdade de associação (art. 5.°, XVII a XIX)

Dispõe a Constituição que "é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar" (art. 5.°, XVII) e também que "a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento" (art. 5.°, XVIII).

As associações pressupõem coligação de pessoas, mas se diferenciam das meras reuniões, tratadas em tópico precedente, porque aquelas têm caráter de permanência, de continuidade, ao passo que estas são sempre temporárias, ocasionais, eventuais. Ademais, as reuniões nunca são entidades personificadas, enquanto as associações têm possibilidade de adquirir personalidade jurídica.

A Constituição Federal assegura ampla liberdade de associação, independentemente de autorização dos poderes públicos, além de vedar a interferência estatal no funcionamento das associações. Tal liberdade, porém, só alcança as associações para fins lícitos, proibidas expressamente as de caráter paramilitar. Além disso, "ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado" (CF, art. 5.°, XX).

Uma vez criadas, as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso (dissolução compulsória), o trânsito em julgado (art. 5.°, XIX). Portanto, em qualquer caso, é exigida uma decisão judicial, nunca

administrativa. Para a **suspensão** de atividade, não é necessário que a decisão judicial seja definitiva; para a **dissolução compulsória,** a decisão judicial deve ser definitiva, transitada em julgado.

As associações tratadas nesses dispositivos devem ser entendidas em sentido amplo (os partidos políticos e as associações sindicais foram, ainda, tratados em outros artigos específicos). A regra é a plena liberdade de associação, o que se assegura basicamente pela desnecessidade de autorização estatal para sua constituição, pela proibição da interferência estatal em seu funcionamento e pela exigência de sentença judicial transitada em julgado para a dissolução compulsória de uma associação quando seu objeto for ilícito (a suspensão das atividades de uma associação, entretanto, é possível mediante sentença judicial ainda pendente de recurso). As únicas restrições constitucionais referem-se ao objeto da associação, que deve ser lícito, e à proibição expressa de associações paramilitares, qualquer que seja o seu fim.

José Afonso da Silva enxerga nos dispositivos em comento "quatro direitos: *o de criar associação* (e *cooperativas na forma da lei),* que não depende de autorização; *o de aderir a qualquer associação,* pois ninguém poderá ser obrigado a associar-se; *o de desligar-se da associação,* porque ninguém poderá ser compelido a permanecer associado; e *o de dissolver espontaneamente a associação,* já que não se pode compelir a associação a existir".

Alexandre de Moraes alerta que "a interferência arbitrária do Poder Público no exercício desse direito individual pode acarretar responsabilidade tríplice: (a) de natureza penal, constituindo, eventualmente, crime de abuso de autoridade, tipificado na Lei n.° 4.898/65; (b) de natureza político-administrativa, caracterizando-se, em tese, crime de responsabilidade, definido na Lei n.° 1.079/50; e (c) de natureza civil, possibilitando aos prejudicados indenizações por danos materiais e morais".

4.13. Representação processual *versus* substituição processual (art. 5.°, XXI e LXX; Art. 8.°, III)

Uma ação judicial é um meio de obter reparação ou mesmo de prevenir uma lesão ou ameaça de lesão a um direito que o autor da ação entenda existir.

Usualmente, a pessoa que pode ajuizar a ação, isto é, aquele que tem legitimidade ativa, é o próprio titular do direito. O titular do direito pode, ele próprio, buscar a tutela do direito ou pode conferir a alguém a atribuição de representá-lo. Se o titular do direito for representado, o **representante,** ao ajuizar a ação, estará atuando em nome do representado, e na defesa de alegado direito do representado (portanto, em nome alheio e na defesa de interesse alheio). É necessário que o representado expressamente autorize o representante a ajuizar a ação.

Em alguns casos, diferentemente, o ordenamento jurídico atribui a determinadas pessoas a denominada **legitimação ativa extraordinária,** configurando a denominada **substituição processual.** Nessas situações, o substituto ajuíza a ação em seu próprio nome, mas na defesa de alegado direito alheio (direito do substituído). Quando isso ocorre, não é necessário que o substituído autorize expressamente o substituto a ajuizar a ação.

A respeito do poder de atuação das associações em favor de seus associados, estabelece o inciso XXI do art. 5.° da Constituição Federal que "as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente".

Por sua vez, o inciso LXX do mesmo art. 5.° prescreve que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, na defesa dos interesses de seus associados.

Ao regular a legitimação das associações em mandado de segurança coletivo, note-se que a Constituição Federal não repetiu a exigência de autorização expressa dos associados para o ajuizamento da ação, ao contrário do estabelecido no inciso XXI do seu art. 5.°.

Em face dessa dualidade de tratamento, no que se refere à legitimação ativa das associações para a defesa dos interesses dos respectivos associados, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que (RMS 23.566-DF, rei. Min. Moreira Alves):

a) na hipótese genérica do inciso XXI do art. 5.°, temos caso de **representação processual,** sendo, portanto, indispensável a autorização expressa e específica para a atuação da associação (a autorização poderá ser firmada individualmente ou em assembléia dos associados);

b) na hipótese especifica do inciso LXX do art. 5.° (mandado de segurança coletivo), temos caso de **substituição processual,** em que a associação defende em nome próprio interesse alheio, não se exigindo, portanto, a autorização expressa e específica dos associados para a impetração da ação coletiva, bastando, para tal, a autorização genérica constante dos atos constitutivos da associação.

REPRESENTAÇÃO JUDICIAL	SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL
Necessidade de autorização expressa dos associados.	Desnecessidade de autorização expressa dos associados.
Defesa do direito dos associados em outras ações judiciais (que não o mandado de segurança coletivo) ou recursos administrativos.	Defesa do direito dos associados mediante impetração de mandado de segurança coletivo, nos termos do art. 5.°, LXX, da Constituição.

Merece nota, por fim, o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da abrangência da legitimação dos **sindicatos** para atuar na defesa de seus associados (CF, art. 8.°, III - "ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;").

Segundo o STF, o referido dispositivo assegura ampla legitimidade ativa *ad causam* dos sindicatos como **substitutos processuais** das categorias que representam na defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais de seus integrantes.[17] Restou **vencido** o entendimento que pretendia restringir a legitimação do sindicato como substituto processual às hipóteses em que atuasse na defesa de direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos de origem comum da categoria, mas apenas nos processos de conhecimento, asseverando que, para a liquidação e a execução da sentença prolatada nesses processos, a legitimação só seria possível mediante representação processual, com expressa autorização do trabalhador.

Isso significa que o sindicato poderá defender o empregado nas ações coletivas ou individuais para a garantia de qualquer direito relacionado ao vínculo empregatício, com fundamento no art. 8.°, III, da Constituição Federal. Enfim, tudo o que disser respeito ao contrato de trabalho poderá ser objeto de atuação do sindicato, embora isso não afaste a iniciativa concorrente do trabalhador para defender seus direitos.

Na prática, a decisão do STF implica a possibilidade de atuação do sindicato tanto nas ações de conhecimento como na liquidação de sentenças ou na execução forçada das sentenças. Entendemos que essa decisão do STF milita em favor da racionalização e celeridade do processo, pois em vez de serem ajuizados milhares de feitos pelos trabalhadores, pode-se ter um único processo, proposto pelo sindicato, atuando como substituto processual.

4.14. Direito de propriedade (art. 5.°, XXII a XXXI)

O direito de propriedade, tendo em vista o fato de nossa Constituição consagrar o Brasil como um Estado capitalista, encontra-se assegurado já no *caput* do art. 5.°, ao lado dos outros direitos individuais mais elementares, como a vida, a liberdade e a igualdade.

A par disso, o inciso XXII do art. 5.°, a fim de estremar de dúvida o seu caráter de direito autônomo (e não de mera função), peremptoriamente declara: "é garantido o direito de propriedade". Da mesma forma, o inciso

[17] RE 193.503/SP, RE 193.579/SP, RE 208.983/SC, RE 210.029/RS, RE 211.874/RS, RE 213.111/SP, RE 214.668/ES, rei. orig. Min. Carlos Velloso, rei. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 12.06.2006.

II do art. 170 enumera como princípio fundamental da ordem econômica do País a "propriedade privada".

A propriedade privada era considerada um dos mais importantes direitos fundamentais na época do Liberalismo Clássico. Era o direito de propriedade, então, visto como um direito absoluto - consubstanciado nos poderes de usar, fruir, dispor da coisa *(jus utendi, jus fruendi* e *jus abutendí),* bem como reivindicá-la de quem indevidamente a possuísse - e oponível a todas as demais pessoas que de alguma forma não respeitassem o domínio do proprietário.

No âmbito do nosso Direito Constitucional positivo, não mais é cabível essa concepção da propriedade como um direito absoluto. Deveras, nossa Constituição consagra o Brasil como um Estado Democrático Social de Direito, o que implica afirmar que também a propriedade deve atender a uma função social. Essa exigência está explicitada logo no inciso XXIII do art. 5.°, e reiterada no inciso III do art. 170 (que estabelece os princípios fundamentais de nossa ordem econômica).

Por esse motivo, ao lado dos direitos assegurados ao proprietário, o ordenamento constitucional impõe a ele deveres essencialmente sintetizáveis como dever de uso adequado da propriedade (mormente no que concerne a sua exploração econômica). Assim, não pode o proprietário de terreno urbano mantê-lo não edificado ou subutilizado (CF, art. 182, § 4.°), sob pena de sofrer severas sanções administrativas; não pode o proprietário de imóvel rural mantê-lo improdutivo, devendo atender às condições estabelecidas no art. 186 da Carta Política.[18] O desatendimento da função social da propriedade pode dar ensejo a uma das formas de intervenção do Estado no domínio privado: a desapropriação (nesse caso dita desapropriação por interesse social).

Além disso, o direito de propriedade deverá ceder quando isso for necessário à tutela do interesse público, como ocorre nas hipóteses de desapropriação por utilidade ou necessidade pública, de requisição administrativa (art. 5.°, XXV), de requisição de bens no estado de sítio (art. 139, inciso VII). Ainda, quando a utilização da propriedade for feita de forma altamente lesiva à sociedade, o Estado poderá impor sua perda, tanto na esfera penal, quanto na administrativa (CF, art. 5.°, XLVI, alínea "b"; CF, art. 243).[19]

"Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
I - aproveitamento racional e adequado;
II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores."

"Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao

Todas essas disposições permitem afirmar que o direito de propriedade está delineado em nossa Constituição como uma típica norma constitucional de eficácia contida, na consagrada classificação do Prof. José Afonso da Silva.

Deveras, o renomado constitucionalista define as normas de eficácia contida como aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais enunciados na própria Constituição. São de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições que limitem sua eficácia e aplicabilidade.

Assim, embora o inciso XXII do art. 5.° afirme peremptoriamente que "é garantido o direito de propriedade", sem conter nenhuma cláusula do tipo "nos termos da lei", a própria Constituição, em outros dispositivos, aduz os elementos que permitem afirmar que a norma é de eficácia contida. Por exemplo, ao estatuir que "a propriedade atenderá a sua função social" (art. 5.°, XXIII), a Constituição utiliza um conceito jurídico de larga difusão no direito público - "função social" - que autoriza a imposição, pelo Poder Público, de restrições ao direito de propriedade. O mesmo ocorre quando dispõe acerca da desapropriação, da requisição administrativa, quando trata, na "Ordem Econômica", da propriedade urbana (art. 182) e da propriedade rural (arts. 184 e 186) etc.

Analisando o direito de propriedade, o Prof. José Afonso da Silva expressamente classifica o art. 5.°, XXII, como norma constitucional de eficácia contida. Após afirmar que as normas constitucionais de eficácia contida podem ser restringidas por meio de certos conceitos de larga difusão no direito público, como "necessidade ou utilidade pública", "interesse social" e "perigo público eminente", preleciona o ínclito constitucionalista:

> (...) São outros tantos conceitos que interferem com a eficácia de determinadas normas constitucionais. Com base neles o Poder Público pode limitar situações subjetivas, circunscrevendo a autonomia de sujeitos privados, especialmente em relação ao direito de propriedade. O inciso XXII do art. 5.° da Constituição garante o direito de propriedade, mas os incisos XXIV e

assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias."

> XXV oferecem os elementos de suas limitações, permitindo sua desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, bem como seu uso pela autoridade competente no caso de perigo público iminente.

Em suma, a afirmação constitucional do direito de propriedade é veiculada em norma constitucional de eficácia contida, porque, embora a Constituição Federal assegure sua imediata eficácia (art. 5.°, XXII), o mesmo texto constitucional já autoriza a imposição de restrições ao seu exercício, por meio de conceitos jurídicos de larga aceitação, tais como "necessidade ou utilidade pública" e "interesse social" (na hipótese de desapropriação - art. 5.°, inciso XXIV) ou "iminente perigo público" (na hipótese de requisição administrativa - art. 5.°, XXV).

O direito de propriedade assegurado na Constituição como direito fundamental abrange tanto os bens corpóreos quanto os incorpóreos. Quanto à propriedade de bens incorpóreos merece específica proteção constitucional a denominada "propriedade intelectual". A propriedade intelectual abrange os "direitos de autor" e os direitos relativos à "propriedade industrial", como a proteção de marcas e patentes.

Os direitos autorais são referidos nos incisos XXVII e XXVIII do art. 5.°, nestes termos:

> XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;
>
> XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:
>
> a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
>
> b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

Os direitos autorais têm sua proteção regulamentada, essencialmente, na Lei n.° 9.610, de 1998, que, no seu art. 7.°, define "obras intelectuais protegidas" como "as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro", citando como exemplos "os textos de obras literárias, artísticas ou científicas", "as composições musicais", "as obras audiovisuais", "os programas de computador", dentre muitos outros.

A proteção à propriedade industrial é tratada no inciso XXIX do art. 5.°, consoante abaixo transcrito:

> XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

A regulamentação desse direito está, basicamente, na Lei n.° 9.279/1996, que, no seu art. 2.°, assegura a "proteção dos direitos relativos à propriedade industrial" mediante "concessão de patentes de invenção", "concessão de registro de marca", "repressão à concorrência desleal", dentre outras medidas.

A Constituição enumera expressamente como direito individual, ainda, o direito de herança (art. 5.°, XXX - "é garantido o direito de herança"). Trata-se de um reforço do direito de propriedade, pelo qual o proprietário tem a garantia de que o patrimônio que acumulou durante toda sua vida poderá ser transmitido conforme sua vontade (desde que respeitadas as disposições legais pertinentes), não representando sua morte oportunidade para o Estado apropriar-se de seus bens. O direito de herança não impede, entretanto, a incidência de tributo sobre o valor dos bens transferidos, haja vista que os estados e o DF têm competência para instituir imposto sobre "transmissão *causa mortis"* (CF, art. 155, I).

Ainda, no intuito de proteger especificamente os filhos e o cônjuge do falecido, quando este fosse estrangeiro e possuísse bens no Brasil, o inciso XXXI do art. 5.° determina que "a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus".* Por outras palavras, entre a lei brasileira e a lei estrangeira (do país do falecido), deverá sempre ser aplicada a mais favorável ao cônjuge e aos filhos brasileiros, quanto aos bens situados no Brasil.

O direito de propriedade não é incompatível com a incidência de tributos sobre o valor de determinados bens ou do patrimônio em geral. Em respeito ao direito de propriedade, entretanto, não pode a carga tributária representar um ônus tão elevado que chegue a assumir caráter confiscatório (CF, art. 150, IV).

Proteção especial foi conferida pela Constituição de 1988 à pequena propriedade rural produtiva. Além de conceder a ela imunidade ao imposto territorial rural (atendidas as condições previstas no art. 153, § 4.°, inciso II), a Carta vigente determina que "a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento" (art. 5.°, XXVI).

4.15. Desapropriação (art. 5.°, XXIV)

Conforme mencionado acima, no Estado constitucional de cunho democrático social, o direito de propriedade não é um direito absoluto. Além da exigência genérica de que a propriedade atenda a uma função social, há diversas hipóteses em que o interesse público pode justificar a imposição de limitações ao direito de propriedade. A Constituição de 1988, no inciso XXIV do art. 5.°, trata de uma das mais importantes formas de intervenção do Estado na propriedade privada: a desapropriação.

São os seguintes os termos do mencionado preceito:

> XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

Pode-se definir desapropriação como o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública, de necessidade pública, ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de justa e prévia indenização.

O Prof. Hely Lopes conceitua desapropriação ou expropriação como "a transferência compulsória de propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para a superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública ou, ainda, por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (CF, art. 5.°, XXIV), salvo as exceções constitucionais de pagamento em títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, no caso de área urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada (CF, art. 182, § 4.°, III), e de pagamento em títulos da dívida agrária, no caso de reforma agrária, por interesse social (CF, art. 184)".

A doutrina classifica a desapropriação como forma originária de aquisição de propriedade, porque não provém de nenhum título anterior, e, por isso, o bem expropriado torna-se insuscetível de reivindicação e libera-se de quaisquer ônus que sobre ele incidissem precedentemente.

A desapropriação é efetivada mediante um procedimento administrativo, na maioria das vezes acompanhado de uma fase judicial. Esse procedimento tem início com a fase administrativa, em que o Poder Público declara seu interesse na desapropriação e dá início às medidas visando à transferência do bem. Se houver acordo entre o Poder Público e o proprietário do bem, o que não é freqüente, o procedimento esgota-se nessa fase. Na ausência de acordo, o procedimento entra na sua fase judicial, em que o magistrado solucionará a controvérsia.

Além da norma genérica acerca da desapropriação, constante do inciso XXIV do art. 5.°, acima reproduzido, temos ainda no texto constitucional outras três hipóteses de desapropriação disciplinadas de forma específica.

A primeira delas está no art. 182, § 4.°, III, denominada pela doutrina "desapropriação urbanística". Essa hipótese de desapropriação possui caráter sancionatório e pode ser aplicada ao proprietário de solo urbano que não atenda à exigência de promover o adequado aproveitamento de sua propriedade, nos termos do plano diretor do município. O expropriante será o município, estando adstrito às regras gerais de desapropriação estabelecidas em lei federal. A indenização será paga mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. A regulamentação legal dessa modalidade de desapropriação encontra-se na Lei n.° 10.257, de 2001, denominada Estatuto da Cidade (é uma lei federal de caráter nacional, porque aplicável a todos os entes federados, especialmente aos municípios e ao Distrito Federal).

A segunda hipótese configura a denominada "desapropriação rural", que incide sobre imóveis rurais destinados à reforma agrária (CF, art. 184). Cuida-se, em verdade, de desapropriação por interesse social com finalidade específica (reforma agrária), incidente sobre imóveis rurais que não estejam cumprindo sua função social. O expropriante aqui é exclusivamente a União, e a indenização será em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, cuja utilização será definida em lei.

A terceira espécie de desapropriação encontra-se prevista no art. 243 da Constituição Federal, denominada "desapropriação confiscatória", porque não assegura ao proprietário nenhum direito a indenização, sempre devida nas demais hipóteses de desapropriação. Essa desapropriação incide sobre glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, que serão, após a transferência de propriedade, destinadas ao assentamento de colonos, para cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Voltando às disposições acerca da desapropriação em geral, é relevante mencionar o quadro geral das competências a ela relativas.

A competência para legislar sobre desapropriação é privativa da União, nos termos do art. 22, inciso II, da Constituição. Essa competência privativa, porém, poderá ser delegada aos estados e ao Distrito Federal, para o trato de questões específicas, desde que a delegação seja efetivada por meio de lei complementar (CF, art. 22, parágrafo único).

O STF já declarou inconstitucional dispositivo da Lei Orgânica do Distrito Federal que condicionava à prévia aprovação da Câmara Legislativa desse ente federado as desapropriações por ele realizadas. Deixou assente a Corte Suprema que legislar sobre desapropriação é competência privativa da União (CF, art. 22, II), que o dispositivo impugnado extrapola o procedimento previsto na norma federal de regência (Decreto-Lei n.° 3.365/1941) e que "a decisão político-administrativa de desapropriar um bem titularizado pelo particular é matéria de alçada do Poder Executivo".[20]

A competência para declarar a necessidade ou utilidade pública, ou o interesse social do bem, com vistas à futura desapropriação, é da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, pois a eles cabe proceder à valoração dos casos concretos e, com base nela, considerar configurado um dos referidos pressupostos (necessidade ou utilidade pública, ou o interesse social). Esses casos, por óbvio, podem ser de interesse federal, estadual ou municipal, razão pela qual todos os entes federativos podem declarar a necessidade ou utilidade pública, ou o interesse social.

Entretanto, há um caso de desapropriação por interesse social em que a competência para a sua declaração é privativa da União: a hipótese de desapropriação por interesse social para o fim específico de promover a reforma agrária (CF, art. 184). Mas, repita-se, somente para a reforma agrária a competência da União é privativa; nos demais casos de desapropriação, ainda que por interesse social, a competência para a declaração é de todos os entes federativos.

A competência executória, isto é, para promover efetivamente a desapropriação, providenciando todas as medidas e exercendo as atividades que culminarão na transferência da propriedade, é mais ampla, alcançando, além das entidades da Administração direta e indireta, os agentes delegados do Poder Público, a exemplo dos concessionários e permissionários.

Portanto, além da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e das entidades da Administração indireta desses entes políticos (autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas), as empresas que prestam serviços públicos por meio de concessão ou permissão podem executar a desapropriação, figurando no processo com todas as prerrogativas, direitos, obrigações, deveres e respectivos ônus, inclusive o relativo ao pagamento da indenização.

Entretanto, para as pessoas que exercem funções delegadas do Poder Público a competência é condicionada, visto que só podem propor a ação de desapropriação se estiverem expressamente autorizados em lei ou contrato (Decreto-Lei n.° 3.365/41, art. 3.°).

ADI 969/DF, rei. Min. Joaquim Barbosa, 27.09.2006.

As regras constitucionais sobre desapropriação são regulamentadas por meio de algumas leis específicas, a saber: Decreto-Lei n.° 3.365, de 1941 (Lei Geral da desapropriação, que cuida especificamente da desapropriação por utilidade pública); Lei n.° 4.132, de 1962 (desapropriação por interesse social); Lei n.° 8.629, de 1993 (desapropriação rural); Lei Complementar n.° 76, de 1993 (desapropriação rural para fins de reforma agrária).

4.16. Requisição administrativa (art. 5.°, XXV)

Determina a Constituição Federal que, "no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano" (art. 5.°, XXV).

Trata o inciso da denominada requisição administrativa. Na lição de Hely Lopes Meirelles, "requisição é a utilização coativa de bens ou serviços particulares pelo Poder Público por ato de execução imediata e direta da autoridade requisitante e indenização ulterior, para atendimento de necessidades coletivas urgentes e transitórias".

A requisição administrativa constitui uma restrição ao direito de propriedade; a propriedade do bem requisitado, entretanto, não é retirada do particular, não é transferida para o Estado; apenas a utilização do bem pelo Poder Público é ao particular imposta, por ato auto-executório. Trata-se de um exemplo típico de direito fundamental cujo titular é o Estado: em caso de iminente perigo público, ao Estado é outorgada a prerrogativa de utilizar propriedade privada, de forma compulsória e gratuita.

A requisição administrativa pode ser civil ou militar. A requisição militar objetiva o resguardo da segurança interna e a manutenção da soberania nacional, diante de conflito armado, comoção interna etc; a requisição civil visa a evitar danos à vida, à saúde e aos bens da coletividade, diante de inundação, incêndio, sonegação de gêneros de primeira necessidade, epidemias, catástrofes etc.

Se por um lado esse dispositivo constitucional outorga ao Estado um direito fundamental - o direito fundamental de requisição de propriedade particular em caso de iminente perigo público -, por outro, é certo que ele assegura ao particular uma garantia fundamental, que é a garantia de ser indenizado, caso da utilização estatal decorra dano à propriedade. Porém, essa indenização pelo uso dos bens alcançados pela requisição é condicionada: o proprietário só fará jus à indenização se houver dano; inexistindo dano, não há que se falar em indenização; existindo indenização, será ela sempre ulterior.

Compete privativamente à União legislar sobre "requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra" (CF, art. 22, III).

4.17. Defesa do consumidor (art. 5.°, XXXII)

O inciso XXXII do art. 5.° da Constituição determina: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Tão patente foi a preocupação do constituinte originário com esse tema, a defesa do consumidor, que, em reforço, no art. 170, inciso V, estabeleceu como um princípio fundamental de nossa ordem econômica a "defesa do consumidor". Não bastasse essa ênfase, no art. 48 do ADCT foi estipulado um prazo de cento e vinte dias, contados da promulgação da Constituição, para o Congresso Nacional elaborar um código de defesa do consumidor.

Não obstante o prazo objetivamente assinalado pelo constituinte, nosso Código de Defesa do Consumidor - Lei n.° 8.078/1990 - somente foi publicado em setembro de 1990, quase dois anos depois da promulgação de nossa Carta.

A idéia central do texto constitucional, concretizada pelo Código, é que, nas relações de consumo, é presumida a existência de uma disparidade econômica entre as partes, de sorte que ao consumidor, que representa o lado mais fraco, hipossuficiente, deve ser assegurado um arcabouço jurídico que compense essa desigualdade fática. Assim, instituem-se medidas de proteção jurídica, como atribuição de responsabilidade objetiva ao fornecedor por danos ocasionados por seus produtos ao consumidor, inversão de ônus de prova em determinadas ações contra o fornecedor em que o consumidor seja parte etc.

Conforme a feliz síntese vazada no próprio Código de Defesa do Consumidor, o princípio central traduz-se no "reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo" (art. 4.°, inciso I).

4.18. Direito de informação (art. 5.°, XXXIII)

A Constituição Federal assegura a todos o "direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado" (art. 5.°, XXXIII).

O indivíduo pode, por exemplo, ingressar com um requerimento solicitando informações para atender a interesse seu ou a interesse coletivo ou geral (Por quanto foi contratado este serviço público? Quais as cláusulas do contrato administrativo celebrado com esta empresa?).

É um instrumento de natureza administrativa, derivado do princípio da publicidade da atuação da Administração Pública, na acepção de exigência de atuação transparente, decorrência da própria indisponibilidade do interesse

público. Trata-se de um dos meios tendentes a viabilizar o controle popular sobre a coisa pública, corolário da cidadania, além de reforçar o princípio da ampla defesa, nos casos em que a informação solicitada seja do interesse de alguém que esteja sofrendo algum tipo de acusação ou seja parte em algum litígio.

O direito de informação não é absoluto: o Poder Público poderá recusar-se a prestar informações, porém, unicamente, quando o sigilo for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Essa ressalva - possibilidade de a informação não ser prestada quando o "sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado" - foi disciplinada na Lei n.° 11.111/2005.

4.19. Direito de petição (art. 5.°, XXXIV, "a")

A Constituição Federal assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, "o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5.°, XXXIV, "a").

O direito de petição, de natureza eminentemente democrática e informal (não há necessidade de assistência advocatícia), assegura ao indivíduo, ao mesmo tempo, participação política e possibilidade de fiscalização na gestão da coisa pública, sendo um meio para tornar efetivo o exercício da cidadania. É o instrumento de que dispõe qualquer pessoa para levar ao conhecimento dos poderes públicos fato ilegal ou abusivo, contrário ao interesse público, para que sejam adotadas as medidas necessárias. Poderá, também, ser o instrumento para a defesa de direitos perante os órgãos do Estado.

É importante destacar as duas situações distintas que podem ensejar a petição aos poderes públicos: (a) defesa de direitos; (b) reparação de ilegalidade ou abuso de poder.

Nesta segunda finalidade, o direito de petição pode ser exercido em prol do interesse coletivo ou geral, absolutamente desvinculado da comprovação da existência de qualquer lesão a interesses próprios do peticionário.

A legitimação é universal: qualquer pessoa, física ou jurídica, nacional ou estrangeira (ou mesmo um interessado que não possua personalidade jurídica, como uma sociedade de fato), pode peticionar aos poderes públicos, Legislativo, Executivo ou Judiciário, bem como ao Ministério Público, contra ilegalidade ou abuso de poder, ou, se for o caso, em defesa de direitos.

Apresentada a petição, a autoridade pública está obrigada constitucionalmente ao recebimento, ao exame e à expedição de resposta em tempo razoável - em respeito ao postulado da celeridade processual, previsto no art. 5.°, LXXVIII, da Constituição -, sob pena de implicar ofensa ao direito líquido e certo do peticionário, sanável pela via do mandado de segurança.

A omissão injustificada da autoridade pública poderá, também, ensejar a sua responsabilização civil, administrativa e criminal.

O direito de petição, entretanto, não se confunde com o direito de ação, nem o substitui.

Assim, o direito de petição, fundado no art. 5.°, XXXIV, "a", da Constituição não pode ser invocado, genericamente, para exonerar qualquer dos sujeitos processuais do dever de observar as exigências que condicionam o exercício do direito de ação; tratando-se de controvérsia judicial, cumpre respeitar os pressupostos e os requisitos fixados pela legislação processual comum.

O direito de petição não poderá ser utilizado como sucedâneo da ação penal, de forma a oferecer-se, diretamente perante o juízo criminal, acusação formal, em substituição do Ministério Público, pois essa medida implicaria usurpação de atribuição institucional privativa do Ministério Público. A Constituição Federal prevê uma única e excepcional norma sobre ação penal privada subsidiária da pública (CF, art. 5.°, LIX), que somente poderá ser utilizada quando houver inércia do Ministério Público, ou seja, quando, esgotado o prazo legal, não tiver o *Parquei* oferecido denúncia, requisitado diligências ou proposto o arquivamento, ou ainda, nas infrações de menor potencial ofensivo, oferecido a transação penal.

O direito de petição a que alude o art. 5.°, XXXIV, "a", da Carta Magna, não torna apto o interessado a postular em juízo, em nome próprio. Para isso, há de estar devidamente habilitado, na forma da lei. Não é possível, com fundamento nesse direito, garantir a qualquer pessoa o ajuizamento de ação, sem a presença de advogado. São distintos o direito de petição e o de postular em juízo.[21]

Enfim, o exercício do direito de petição aos Poderes Públicos não se confunde com o de obter decisão judicial a respeito de qualquer pretensão, pois para esse fim é imprescindível a representação do peticionário por advogado. Constituem exceções as hipóteses em que o cidadão, embora não advogado inscrito na OAB, pode postular em nome próprio, perante juízos e tribunais. Essas hipóteses excepcionais devem estar expressamente consignadas em lei, como já ocorre no *habeas corpus,* na revisão criminal e nos juizados especiais cíveis.

4.20. Direito de certidão (art. 5.°, XXXIV, "b")

A Constituição Federal assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, "a obtenção de certidões em repartições públicas, para

[21] STF, Petição 1.127/SP.

defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal" (art. 5.°, XXXIV, "b").

Cuida-se de garantia constitucional de natureza individual, sendo obrigatória a expedição da certidão quando se destine à defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal do requerente. Desse modo, tal garantia não pode ser invocada por quem pretenda obter cópia de documentos a respeito de terceiro, a menos que este lhe tenha conferido mandato de representação.

O Estado está obrigado a prestar as informações solicitadas, ressalvadas as hipóteses de proteção por sigilo, sob pena de ofensa a direito líquido e certo do requerente, por ilegalidade ou abuso de poder, reparável na via do mandado de segurança.

A jurisprudência firmou-se no sentido de que **não** se exige do administrado a demonstração da finalidade específica do pedido.

O não-fornecimento das informações englobadas no pedido de certidão, ressalvadas as hipóteses de sigilo, poderá ensejar a responsabilização civil do Estado, bem como a responsabilização pessoal da autoridade que a denegou.

Cabe ressaltar que, diante da negativa ilegal ao fornecimento de certidões, o remédio judicial idôneo para a repressão da ilegalidade é o **mandado de segurança,** e não o *habeas data.*

4.21. Princípio da inafastabilidade de jurisdição (art. 5.°, XXXV)

Dispõe o texto constitucional que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5.°, XXXV), princípio conhecido como "inafastabilidade de jurisdição" ou de "amplo acesso ao Poder Judiciário".

Estabelece esse postulado que, entre nós, somente o Poder Judiciário decide definitivamente, com força de coisa julgada (sistema de jurisdição única). Trata-se de princípio relacionado à própria estrutura jurídico-política do Estado brasileiro, especialmente à independência entre os Poderes, obstando que o Legislativo ou o Executivo reduzam o campo de atuação do Judiciário, mediante a edição de leis, medidas provisórias, enfim, de atos que pretendessem excluir determinadas matérias ou controvérsias da apreciação judicial.

Consubstancia, outrossim, uma das mais relevantes garantias aos indivíduos (e também às pessoas jurídicas), que têm assegurada, sempre que entendam estar sofrendo uma lesão ou ameaça a direito de que se julguem titulares, a possibilidade de provocar e obter decisão de um Poder independente e im-

parcial. Por essa razão, não só a lei está impedida de excluir determinadas matérias ou controvérsias da apreciação do Judiciário; a inafastabilidade de jurisdição, sendo garantia individual fundamental, está gravada como cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4.", IV), insuscetível de abolição, nem mesmo mediante emenda à Constituição.

Alexandre de Moraes ressalta que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação jurisdicional aduzido pela parte de forma regular. O autor lembra que, desse princípio, decorre o postulado segundo o qual "a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue".

Não é correto, porém, com fundamento nesse princípio, afirmar que toda controvérsia, que qualquer matéria possa ser submetida ao Poder Judiciário. Com efeito, existem situações que fogem à apreciação judicial, tais como a prática de atos *interna corporis* (de competência privativa das Casas Legislativas), o mérito administrativo (valoração administrativa, nos limites da lei, quanto à oportunidade e conveniência para a prática de um ato administrativo, no que respeita aos elementos "motivo" e "objeto" do ato) - dentre outras.

Impende anotar, também, como o faz Alexandre de Moraes, que "a necessidade de serem preenchidas as condições da ação e os pressupostos processuais, bem como a observância dos prazos prescricionais e decadenciais para o exercício do direito de ação, são previsões que, apesar de limitadoras, caracterizam-se pela plausibilidade e constitucionalidade."

Segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, esse princípio não impede a imposição, por lei, de restrições à concessão de medidas cautelares e de liminares em ações judiciais, desde que haja razoabilidade para tal limitação. Dessa forma, existe, por exemplo, lei que veda a concessão de medida liminar em mandado de segurança para determinar a equiparação, a reclassificação e o pagamento de vantagens e remunerações a servidores públicos.

Outra decorrência desse princípio é que, no Brasil, em regra, o esgotamento da via administrativa não é condição indispensável para a busca da tutela perante o Poder Judiciário (a regra é a inexistência da denominada "jurisdição condicionada" ou da "instância administrativa de curso forçado"). Significa dizer que o indivíduo não precisa, necessariamente, valer-se do processo administrativo para, somente depois de indeferida administrativamente sua pretensão, recorrer ao Poder Judiciário. Poderá, de pronto, sem necessidade de exaurir (ou mesmo de utilizar) a via administrativa, ingressar com a ação judicial cabível.

Há, porém, situações em que é exigida a utilização ou mesmo o exaurimento da via administrativa, a saber:

a) nas **lides desportivas,** uma vez que "o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva,[22] regulada em lei", nos termos do art. 217, § L°, da CF;

b) no ***habeas data,*** porquanto "a prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no *habeas data;* sem que se configure situação prévia de pretensão, há carência da ação constitucional do *habeas data".*[21]

Quanto à utilização simultânea das vias administrativa e judicial, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional previsão legal que estabelece que a opção pela via judicial implica renúncia tácita ao processo administrativo (Lei n.° 6.830/1980, art. 38, parágrafo único).[24] Entendeu a Corte Suprema que a presunção de renúncia tácita à possibilidade de recorrer administrativamente ou de desistência do recurso já interposto na esfera administrativa **não** implica afronta à garantia constitucional da jurisdição, mas sim regra de economia processual, que informa tanto o processo judicial quanto o administrativo.

Desse modo, caso o administrado esteja questionando certa matéria no âmbito de um processo administrativo e decida, simultaneamente, ajuizar ação perante o Poder Judiciário a fim de discutir a mesma matéria, essa opção implicará renúncia tácita à via administrativa, com extinção imediata de seu processo administrativo, na fase em que estiver.

Por último, vale registrar que, segundo o Supremo Tribunal Federal, viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa (Súmula 667). O fundamento para esse entendimento da Corte Maior é que, caso fosse permitida a fixação de taxa judiciária incidente sobre o valor da causa, sem limite, essa medida terminaria por quebrar a relativa equivalência que deve existir entre o valor cobrado pelo Estado e o custo da prestação jurisdicional, criando restrição desarrazoada ao acesso à tutela do Poder Judiciário. Como exemplo, suponha-se uma taxa judiciária fixada em percentual incidente sobre o valor de uma causa estimada em dez bilhões de reais. Certamente, o valor apurado - resultante da aplicação do percentual da taxa sobre o valor da causa - seria demasiado

[22] Apesar do nome "justiça desportiva", trata-se de órgãos administrativos competentes para apreciação e decisão acerca de conflitos na área do desporto.

[23] STF, HD 22/DF, rei. Min. Celso de Mello, 19.09.1991. Vide, também, a Súmula 2 do STJ: "Não cabe o *habeas data* (CF, art. 5.°, LXXII, letra 'a') se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa."

[24] RE 233.582/RJ, rei. orig. Min. Marco Aurélio, rei. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 16.08.2007.

vultoso, não guardando nenhuma correspondência com o custo estimado da prestação jurisdicional oferecida pelo Estado.

4.22. Proteção ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito (art. 5.°, XXXVI)

Determina a Constituição Federal que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" (art. 5.°, XXXVI).

Essa limitação tenciona obstar, em homenagem à **segurança jurídica,** leis que incidam retroativamente sobre situações atinentes à esfera jurídica do indivíduo, já consolidadas na vigência da lei pretérita.

Portanto, trata-se de direito de defesa do indivíduo ante o Estado, em face de uma nova lei, que pretendesse prejudicar situações já consolidadas sob a vigência de lei pretérita. Assim, essa garantia **não** impede que o Estado adote leis retroativas, desde que essas leis estabeleçam situações mais favoráveis ao indivíduo do que as consolidadas sob as leis anteriores. O que esse dispositivo veda é a ação do Estado em desfavor do indivíduo, afrontando, em uma lei nova, situações constituídas na vigência da lei antiga.

Ademais, por esse motivo (tratar-se de uma proteção outorgada ao indivíduo frente ao Estado), a garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5.°, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado. Como exemplo de aplicação dessa regra, sedimentada na Súmula 654 do STF, imaginemos uma situação em que não exista bom relacionamento político entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo de um determinado estado. Suponhamos que o Poder Legislativo, em agosto de 2006, vote e aprove uma lei, de sua iniciativa, concedendo um benefício tributário a determinadas pessoas jurídicas, retroativo a primeiro de janeiro daquele ano. Consideremos que essa lei fosse vetada, mas o veto fosse rejeitado, e a lei publicada. Nessa situação, seria inadmissível a Administração tributária recusar-se a reconhecer o benefício previsto na lei, sob alegação de ofensa ao art. 5.°, XXXVI, da Constituição (invocando, por exemplo, a intangibilidade dos "atos jurídicos perfeitos").

A doutrina conceitua **direito adquirido** como aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários à sua formação sob a vigência de determinada lei. Cumpridos todos os requisitos para a satisfação de um direito sob a vigência da lei que os exige, protegido estará o indivíduo de alterações futuras, provocadas por nova lei, que estabeleça disciplina diversa para a matéria (desfavorável ao indivíduo).

Assim, se a lei "A" exige trinta anos de contribuição para a aposentadoria, e o indivíduo cumpre esse requisito sob a sua vigência, tem ele direito adquirido

à aposentadoria - ainda que não haja ingressado com o respectivo pedido -, não podendo ser prejudicado por uma lei "B", que passe a exigir um tempo de trinta e cinco anos de contribuição para a aquisição do mesmo direito.

É importante salientar que a proteção constitucional não alcança a chamada "mera expectativa de direito", caracterizada quando a lei nova alcança o indivíduo que está na iminência de atender os requisitos para a aquisição do direito, mas eles ainda não estão integralmente cumpridos. Assim, se a lei "A" exige trinta anos de contribuição para a aposentação, e a lei "B", que passa a exigir trinta e cinco anos, é publicada quando o indivíduo havia completado vinte e nove anos e onze meses de contribuição, ele estará sujeito às novas regras, isto é, deverá contribuir por mais cinco anos e um mês para adquirir o direito de se aposentar. Na data de publicação da lei "B" não havia direito adquirido, mas "mera expectativa de direito", não protegida constitucionalmente.

O ato **jurídico perfeito** é aquele já efetivamente realizado, sob as regras da lei vigente na época de sua prática. Representa, pois, um adicional ao direito adquirido: não apenas foram atendidas todas as condições legais para a aquisição do direito; mais do que isso, o ato que esse direito possibilita já foi realizado, o direito já foi efetivamente exercido. Isso é particularmente identificável quando se trata da realização de um contrato. Um contrato devidamente celebrado constitui ato jurídico perfeito, insuscetível de ser prejudicado por lei superveniente.

Assim, na situação antes descrita, aquele que, na data da publicação da lei "B", já houvesse efetivamente exercido o seu direito à aposentação estaria protegido pelo manto do ato jurídico perfeito; da mesma forma, se o indivíduo celebra um contrato de financiamento de imóvel de acordo com a lei "A", então vigente, a celebração desse contrato constitui ato jurídico perfeito, que não poderá ser prejudicado posteriormente pela lei "B", que traga novas regras a ele desfavoráveis.

A **coisa julgada** é a decisão judicial irrecorrível, contra a qual não caiba mais recurso. Ocorre no âmbito de um processo judicial, quando a decisão não mais for passível de impugnação, tornando-se imutável. A coisa julgada nem sempre é proveniente de decisão dos tribunais superiores do Poder Judiciário; poderá decorrer de uma decisão de magistrado de primeiro grau, na hipótese de não ser interposto no prazo previsto em lei o recurso cabível contra a sua decisão.

Segundo a jurisprudência do STF, esse preceito constitucional (art. 5.°, XXXVI) se aplica a todo e qualquer ato normativo infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva.[25]

[25] RE 204.769/RS, rei. Min. Celso de Mello.

Por outro lado, entende o Supremo Tribunal Federal que não existe direito adquirido em face de: (a) uma nova Constituição (texto originário); (b) mudança do padrão monetário (mudança de moeda); (c) criação ou aumento de tributos;[26] (d) mudança de regime jurídico estatutário.

Esse último entendimento - não há direito adquirido frente à mudança de regime jurídico estatutário - significa que o servidor público, ao ser investido no cargo público, no momento da posse, não adquire direito às vantagens então existentes, isto é, não adquire o direito de mantê-las ao longo de toda a sua vida funcional.

Por exemplo, imaginemos um servidor público que ingressou em um cargo público estadual em janeiro de 1997, estando na data de sua posse vigente a lei estadual "X", que previa um adicional por tempo de serviço à razão de 1% de seu vencimento para cada ano de efetivo exercício. Caso, em outubro do ano de sua posse, seja publicada a lei estadual "Y", revogando o artigo da lei "X" que estabelecia o referido adicional por tempo de serviço, nenhum direito existirá para o servidor; não cabe invocar o direito à manutenção do regime jurídico existente no momento de sua posse, que previa o adicional por tempo de serviço.

Se o artigo da Lei "X" fosse revogado só depois que o servidor tivesse completado um ano de serviço, ele não teria direito a receber nenhum novo adicional dali para frente; o adicional correspondente ao ano de exercício já concluído (um por cento) continuaria a incidir sobre os vencimentos recebidos mês a mês pelo servidor, mas não porque ele faça jus à manutenção do regime jurídico anterior, e sim porque aquela situação jurídica individual consolidou-se sob a lei pretérita (a incidência do adicional relativo ao ano de serviço concluído integra a esfera jurídica do servidor como direito adquirido àquela incidência; a inexistência de direito adquirido ao regime jurídico estatutário impede que se pretenda adquirir direito à incidência de adicionais futuros, que corresponderiam ao segundo, terceiro, quarto ano de serviço).

No tocante às emendas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal ainda não apreciou a matéria sob a vigência da Constituição Federal de 1988, isto é, o STF ainda não firmou posição quanto à questão acerca da possibilidade de uma emenda desconstituir direitos adquiridos sob a égide do texto constitucional a ela anterior.

Exemplo dessa hipótese tivemos com a instituição de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores públicos inativos, baseada na EC n.° 41/2003. A nova contribuição incidiu inclusive sobre os proventos dos servidores que já estavam aposentados quando foi publicada essa emenda. O STF, no julgamento das ADI 3.105/DF e 3.128/DF, considerou legitima a tributação, sob o fundamento de inexistência de direito adquirido à não incidência de novos tributos sobre proventos ou quaisquer rendimentos. Só haveria óbice à exigência do novo tributo se existisse regra constitucional de imunidade tributária dos proventos do servidor inativo, o que não ocorre.

4.23. Juízo natural (art. 5.°, XXXVII e LIII)

Reza o texto constitucional que "não haverá juízo ou tribunal de exceção" (art. 5.°, XXXVII) e que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (art. 5.°, LIII), comandos que, em conjunto, consubstanciam o postulado do "juízo natural".

Esse princípio assegura ao indivíduo a atuação imparcial do Poder Judiciário na apreciação das questões postas em juízo. Obsta que, por arbitrariedade ou casuísmo, seja estabelecido tribunal ou juízo excepcional (tribunais instituídos *ad hoc,* ou seja, para o julgamento de um caso específico, e *ex post facto,* isto é, criados depois do caso que será julgado), ou que seja conferida competência não prevista constitucionalmente a quaisquer órgãos julgadores.

Exemplificando: suponha que, recentemente, tenha sido praticado no Brasil um ato terrorista de graves conseqüências e que o Congresso Nacional, pressionado pela opinião pública, resolva criar, às pressas, por meio de emenda à Constituição, um tribunal especial para o julgamento das pessoas que praticaram aquele ato. Essa emenda seria flagrantemente inconstitucional, por afrontar o princípio do juízo natural, que veda a criação de juízo ou tribunal de exceção, casuisticamente.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, esse princípio alcança não só os juizes do Poder Judiciário, mas também os demais julgadores previstos constitucionalmente (Senado Federal, por exemplo, que julga crimes de responsabilidade), no sentido de que suas competências não podem ser usurpadas por outros órgãos.

Ademais, conforme nos ensina o Prof. Alexandre de Moraes, o princípio do juiz natural "deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a proibir-se, não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não sejam afetadas a independência e imparcialidade do órgão julgador."

Assim, podemos concluir que afronta esse princípio não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também o descumprimento das regras de competência, relativas aos tribunais e juízos constitucionalmente previstos.

4.24. Júri popular (art. 5.°, XXXVIII)

A Constituição Federal reconhece expressamente a instituição do júri popular, nos seguintes termos (art. 5.°, XXXVIII):

> XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

A instituição do júri assenta-se no princípio democrático, pois confere ao cidadão o direito de ser julgado por seus semelhantes, escolhidos aleatoriamente entre os cidadãos da localidade. No Brasil, o tribunal do júri é presidido por um juiz togado e composto de vinte e um jurados, sorteados dentre cidadãos eleitores do município. Os jurados têm assegurado o sigilo de seu voto, o que permite que eles sejam imparciais e que decidam de acordo com a convicção que tenham formado a partir do acompanhamento de todo o procedimento.

A garantia de plenitude de defesa, que obviamente diz respeito ao réu, não difere do direito à ampla defesa assegurado aos acusados em geral, mormente na área penal.

A soberania dos veredictos traduz a idéia de que, como regra, a decisão do tribunal do júri não pode ser substituída por outra, proferida pelos tribunais do Poder Judiciário. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal firmou orientação de que "a soberania do veredicto do júri não exclui a recorribilidade de suas decisões".[27]

Significa dizer que há casos em que a decisão do tribunal do júri é passível de recurso para os tribunais do Poder Judiciário, especialmente quando se tratar de decisão manifestamente contrária à prova constante dos autos. Ocorrendo tal situação, poderá ser interposto recurso de apelação contra a decisão proferida pelo júri popular perante o Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal deixou assente que essa possibilidade de recurso não afronta a soberania do veredicto, assegurada constitucionalmente, porquanto o Poder Judiciário não reformará a decisão proferida pelo júri popular, mas sim, se for o caso, declarará a sua nulidade, retornando os autos ao tribunal do júri, para que seja então proferida nova decisão, por novos jurados.

A decisão do júri pode, ainda, ser objeto de **revisão criminal,** hipótese em que poderá resultar, até mesmo, a absolvição do réu definitivamente condenado, se a decisão tiver sido arbitrária. O Professor Alexandre de Moraes consigna que, nessa hipótese, prevalece o princípio da inocência do réu.

No que respeita à competência do tribunal do júri, a maior parte da doutrina entende não ser possível ao legislador ordinário ampliá-la, para incluir

[27] HC 71.617-2, rei. Min. Francisco Rezek, 22.11.1994.

outras matérias além do julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Há, entretanto, opiniões respeitáveis em sentido contrário (Professor Alexandre de Moraes, por exemplo).

Deve-se ressaltar que a competência do tribunal do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida não é absoluta, pois não abrange os crimes dolosos contra a vida praticados por detentores de "foro especial por prerrogativa de função", que são julgados originariamente por certos tribunais do Poder Judiciário, conforme previsto na Constituição Federal.

Exemplificando: se os membros do Congresso Nacional praticarem um crime doloso contra a vida, serão julgados pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, *b)*, e não pelo tribunal do júri; se o prefeito de um município cometer um crime doloso contra a vida, não será ele submetido a julgamento perante o tribunal do júri, e sim perante o Tribunal de Justiça, por força do art. 29, inciso X, da Constituição Federal.

Entretanto, a competência do tribunal do júri só é afastada pelas hipóteses de foro especial previstas na **Constituição Federal,** visto que, segundo entendimento do STF, "a competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual" (Súmula n.° 721). Exemplificando: defensor público estadual não possui foro especial definido na Constituição Federal; a Constituição do estado poderá outorgar-lhe foro especial; porém, caso ele pratique um crime doloso contra a vida, será julgado pelo tribunal do júri, pois o foro previsto exclusivamente na Constituição do estado não afasta a competência do júri.

4.25. Princípio da legalidade penal e da retroatividade da lei penal mais favorável (art. 5.°, XXXIX e XL)

Conforme visto acima, legalidade é postulado indissociável da noção de Estado de Direito e de Estado democrático. Com efeito, se um Estado tem o povo como titular do poder, a conseqüência lógica é de que somente o povo, conforme sua vontade, possa obrigar a si mesmo, estabelecer como sofrerá tributação, determinar como e quando atuará a Administração Pública etc. E essa vontade, como se sabe, o povo manifesta por intermédio de seus representantes, os parlamentares, na elaboração das leis. Por essa razão, encontramos no texto constitucional diversos desdobramentos ou acepções específicas do princípio da legalidade.

Exatamente para tratar de modo específico das condutas objeto de maior reprovabilidade social - os crimes e as contravenções -, e para atribuir, àqueles que as pratiquem, as mais drásticas sanções que o Direito possibilita, o texto constitucional traz um enunciado próprio para o princípio da legalidade em

matéria penal. É o que consta do inciso XXXIX do art. 5.° da Constituição, abaixo, transcrito:

> XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Dessarte, esse princípio, consubstanciado no brocardo *"nullum crimem, nulla poena sine praevia lege ",* representa um detalhamento do princípio da legalidade enunciado de forma genérica no inciso II do art. 5.° da CF/88, no âmbito do Direito Penal.

Observa-se que, além da exigência expressa de lei formal para tipificar crimes e cominar sanções penais, deflui do dispositivo que a lei somente se aplicará, para qualificar como crime, aos atos praticados depois que ela tenha sido publicada. Da mesma forma, a previsão legal abstrata da pena (cominação da pena) deve existir, estar publicada, antes da conduta que será apenada. Trata-se do denominado princípio da anterioridade penal, aplicável aos delitos e às penas.

Consoante assinala Alexandre de Moraes, este inciso XXXIX do art. 5.° impede "a utilização de aplicação analógica *in peius* das normas penais como fonte criadora de infrações e respectivas sanções" (vedação à utilização da analogia para a definição de delitos ou aplicação de penas). A lei penal deve descrever especificamente um fato determinado *(lex certa),* e cominar-lhe uma pena igualmente específica e determinada.

É importante observar que, tão rígido é o princípio da legalidade em matéria penal, que a Constituição, a partir da EC n.° 32/2001, passou a proibir o uso de medidas provisórias sobre matéria relativa a Direito Penal e Processual Penal (CF, art. 62, § 1.°, I, "b").

É competência privativa da União legislar sobre Direito Penal (CF, art. 22, I), e deverá fazê-lo por meio de leis, vedada a utilização de outras espécies de atos normativos. Como conseqüência, é interditado aos outros entes federados tipificar condutas como crimes ou contravenções, ou dispor sobre qualquer assunto concernente ao Direito Penal, reservando-se estritamente à lei federal esse mister.

O acima reproduzido inciso XXXIX do art. 5.°, que, como visto, representa importante garantia para os indivíduos, é complementado pelo inciso XL do mesmo artigo. O inciso XL do art. 5.° detalha uma das regras implícitas no inciso anterior, acerca da irretroatividade da lei penal. Diz ele:

> XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Decorrem da leitura desse inciso uma regra geral - a irretroatividade da lei penal - e uma regra específica, que constitui ressalva à primeira: a retroatividade da lei penal mais favorável.

Se a nova lei penal for favorável *{lex mitior),* ela sempre retroagirá para beneficiar o réu, ainda que já tenha ocorrido a sua condenação definitiva, transitada em julgado, com base na lei antiga, mesmo que ele já esteja cumprindo a pena. Lei penal benigna é sempre lei retroativa. Se a lei nova reduzir a pena cominada a determinado crime, ou deixar de tratar o fato como crime *{abolido criminis),* será retroativa, beneficiando o réu, ainda que já em fase de cumprimento da pena.

A lei nova desfavorável ao réu *{lex gravior)* não será retroativa, somente alcançando delitos praticados após o início da sua vigência.

Não se pode, porém, combinar a lei nova com a lei antiga para "criar" uma regra mais favorável ao réu, não prevista em nenhuma das duas leis. Com efeito, o STF não admite a combinação de leis penais conflitantes no tempo para se extrair uma regra mais favorável ao réu. Nessa hipótese, ou se aplica integralmente a regra prevista na lei antiga, ou se aplica integralmente a regra prevista na lei nova. Não se podem aplicar partes da regra estabelecida na lei velha e partes da regra constante da lei nova, criando uma regra não prevista em nenhuma das duas leis, com o escopo de beneficiar o réu.

A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência (STF, Súmula 711).

4.26. Vedação ao racismo (art. 5.°, XLII)

A Constituição Federal define o crime de racismo como inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (art. 5.°, XLII).

Não há, porém, no texto constitucional de 1988, um claro delineamento acerca das condutas que, no Estado brasileiro, poderão ser enquadradas na definição de "racismo", para o fim de aplicação dos comandos do citado dispositivo, especialmente no tocante à imprescritibilidade desse grave delito.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou essa questão em julgado histórico, no qual se discutiu se a publicação de obra discriminatória em relação aos judeus enquadrava-se no conceito constitucional de "racismo".[28]

Refutando a alegação de que não se poderia cogitar de racismo porque os judeus não seriam uma raça, decidiu o STF que "a edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam

[28] HC 82.424/RS, relator p/ acórdão Min. Maurício Corrêa.

resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista", constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade.

Entendeu a Corte que não existe, biologicamente, distinção de raças entre seres humanos e que a expressão racismo, empregada no art. 5.°, XLII, da Constituição, abrange todas as formas de discriminações que impliquem "distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, 'negrofobia', 'islamafobia' e o anti-semitismo".

No mesmo julgado, o STF explicitou, ainda, que "o direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal" e, portanto, "o preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo'".

4.27. Tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo, crimes hediondos e ação de grupos armados contra a ordem constitucuional (art. 5.°, XLIII e XLIV)

Não só o crime de racismo mereceu especial preocupação de nosso constituinte originário. Nos incisos XLIII e XLIV do art. 5.° da Constituição também são relacionadas condutas às quais o texto constitucional atribui reprovação particularmente intensa. São os seguintes os termos desses dispositivos:

> XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;
>
> XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Observa-se que os crimes de tortura, tráfico ilícito de drogas, terrorismo e a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático foram expressamente discriminados pelo texto constitucional (embora a sua tipificação deva ser feita mediante lei ordinária). Diferentemente, no caso dos "crimes hediondos", a enumeração das condutas que devam ser assim consideradas foi deixada a critério do legislador, sem que sequer tenha o constituinte indicado parâmetros a serem adotados. É claro que nesse mister deverão ser respeitados todos os princípios constitucionais pertinentes, sobretudo os da razoabilidade e proporcionalidade.

Os crimes de tortura foram definidos na Lei n.° 9.455, de 7 de abril de 1997. As normas acerca do tráfico ilícito de drogas encontram-se na Lei n.° 11.343, de 23 de agosto de 2006. Não existe definição legal de crime de terrorismo.

O legislador ordinário optou por estabelecer uma lista taxativa de crimes enquadrados como hediondos, em vez de elaborar uma definição genérica, que se baseasse em um conceito legal de hediondez. Os crimes hediondos são tratados na Lei n.° 8.072, de 25 de julho de 1990, em cujo art. 1.° encontra-se a enumeração de condutas assim enquadradas. Nos termos do parágrafo único do art. 1.°, "considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1.°, 2.° e 3.° da Lei n.° 2.889, de 1.° de outubro de 1956, tentado ou consumado".

O § 1.° do art. 2.° da Lei n.° 8.072/1990 determinou, sem que isso estivesse previsto no inciso XLIII do art. 5.°, que a pena pela prática de crimes hediondos "será cumprida integralmente em regime fechado", ou seja, estabeleceu uma proibição absoluta de progressão de regime. Consoante se verá no estudo do princípio da individualização da pena (art. 5.°, XLVI), o STF considerou inconstitucional essa vedação rígida à progressão de regime.[29]

Embora não esteja expresso no texto constitucional, os crimes insuscetíveis de graça também não admitem indulto, pois este é uma espécie de graça. Na definição do Dicionário Jurídico de Maria Helena Diniz, lemos:

> Graça: Direito processual penal. Ato de clemência do Poder Executivo, favorecendo um condenado por crime comum ou por contravenção, extinguindo ou diminuindo-lhe a pena imposta. Ter-se-á perdão, se a graça for individual, e o indulto, se coletiva. É o perdão concedido pelo presidente da República, em relevação da pena.

A anistia é um perdão concedido mediante lei, aplicável a crimes coletivos, em geral políticos, que produz efeitos retroativos, ou seja, desfaz todos os efeitos penais da condenação (mas não eventual ação civil de indenização por danos eventualmente causados pelo anistiado).

A competência para "conceder indulto e comutar penas" é privativa do Presidente da República (art. 84, XII) e a anistia, como antes afirmado, exige lei do Congresso Nacional (art. 48, VIII).

[29] HC 82.959, rei. Min. Marco Aurélio, 23.02.2006.

4.28. Pessoalidade da pena (art. 5.°, XLV)

O denominado princípio da intransmissibilidade da pena, ou, simplesmente, da pessoalidade da pena, encontra-se vazado no inciso XLV do art. 5.° nestes termos:

> XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Em razão dessa regra fica absolutamente afastada a possibilidade de a condenação penal estender-se a parentes, amigos ou sucessores do condenado, que não tenham participado da conduta por ele praticada. Ao mesmo tempo, a morte do agente, antes ou depois da condenação, implica automática extinção da punibilidade ou da execução da pena.

Não prejudica o princípio da pessoalidade da pena, que se aplica integralmente às sanções penais, a obrigação de reparar o dano e o perdimento de bens, sanções de natureza patrimonial, que podem ser estendidas aos sucessores. É necessário, todavia, observar que, nesses casos, o sucessor não estará sofrendo sanção nenhuma; no máximo, determinado patrimônio que a ele caberia por sucessão *causa mortis* deixará de ser recebido, mas o patrimônio originário do sucessor não pode, em nenhuma hipótese, sofrer decesso em decorrência de uma condenação sofrida pelo *de cujus.*

4.29. Princípio da individualização da pena; penas admitidas e penas vedadas (art. 5.°, XLVI e XLVII)

Estabelece a Constituição Federal que a lei regulará a individualização da pena, e adotará, entre outras, as seguintes: privação de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos ou, excepcionalmente, de morte, no caso de guerra declarada (CF, art. 5.°, XLVI).

A enumeração das penas constitucionalmente admitidas não é exaustiva. Dessarte, a lei poderá adotar outras modalidades de pena, desde que não incida nas proibições expressas do art. 5.°, XLVII, da Constituição Federal, que não permite a instituição de penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento ou cruéis.

A parte inicial do inciso XLVI determina que a lei regulará a individualização da pena. Significa dizer que o legislador ordinário deverá, ao

regular a imposição da pena, levar em conta as características pessoais do infrator, tais como o fato de ser o réu primário, de ter bons antecedentes etc. Com fundamento neste dispositivo constitucional, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1." do art. 2.° da Lei n.° 8.072/90, que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos.[30] Entendeu o Tribunal que a proibição absoluta de progressão de regime nos crimes hediondos implica violação ao princípio da individualização da pena, pois as características pessoas do infrator não são consideradas.

Com isso, restou afastada a proibição da progressão do regime de cumprimento da pena aos réus condenados pela prática de crimes hediondos (a decisão do STF foi firmada em *habeas corpus* impetrado por detento condenado a doze anos e três meses de reclusão por molestar três crianças entre 6 e 8 anos de idade). Evidentemente, a decisão do STF não significa que todos os réus condenados pela prática de crime hediondo terão, de agora em diante, direito subjetivo à progressão de regime. Caberá ao juiz da execução penal analisar os pedidos de progressão, considerando o comportamento de cada apenado, e deferir aqueles que estiverem de acordo com a legislação penal.

A Lei n.° 8.072/1990, em seu art. 2.°, inciso II, veda a concessão de liberdade provisória ao condenado pela prática de crime hediondo. Esse dispositivo não foi considerado inconstitucional pelo STF. Entretanto, deve-se mencionar que já deixou assente a Corte Suprema que a proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo (STF, Súmula 697).

Por fim, cabe ressaltar que, segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (Súmula n.° 716).

Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal veio fazer justiça aos milhares de presos do País que, em virtude da morosidade da justiça, permaneciam indefinidamente cumprindo a pena em regime fechado, sem direito a progressão, diante da ausência do trânsito em julgado da sentença condenatória. Agora, mesmo antes do trânsito em julgado, o juiz competente poderá autorizar a progressão de regime, ou mesmo a imediata aplicação de regime menos severo do que aquele determinado na sentença recorrida.

[30] HC 82.959, rei. Min. Marco Aurélio, 23.02.2006.

4.30. Extradição (art. 5.°, LI e LM)

Assevera o texto constitucional que nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei, estabelecendo, também, que não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (art. 5.°, LI e LII).

Extraditar é entregar um indivíduo a outro país, no qual praticou determinado crime, para que seja lá julgado, com a aplicação das leis desse país. Por exemplo, um canadense pratica um crime no Canadá e foge para o Brasil; o governo canadense, então, pede ao governo brasileiro a extradição do indivíduo, para que ele seja julgado no Canadá, com a aplicação das leis canadenses.

Faz-se oportuno destacar, sucintamente, as diferenças entre a extradição, cujo conceito foi exposto acima, e dois outros institutos que com ela não se confundem: a deportação e a expulsão.

A **deportação** consiste em devolver o estrangeiro ao exterior, por meio de medida compulsória adotada pelo Brasil, quando o estrangeiro entra ou permanece irregularmente no nosso território. Não se trata de prática de delito em qualquer território, mas sim do não atendimento dos requisitos para entrar ou permanecer no território nacional. A deportação não exige requerimento do outro país; pode ser feita para o país de origem do estrangeiro ou para outro Estado qualquer, que aceite receber o deportado.

A **expulsão** é medida coercitiva tomada pelo Estado, para retirar forçadamente de seu território um estrangeiro que praticou atentado à ordem jurídica do país em que se encontra. A expulsão é medida de caráter político-administrativo, não dependente de requisição do país estrangeiro, sendo medida de exclusiva conveniência e discricionariedade do Presidente da República.

A legalidade da expulsão, porém, está sujeita a controle judicial, em sede de *habeas corpus*, a ser ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal.

Não existe deportação ou expulsão de brasileiro.

Classifica-se a extradição em ativa ou passiva.

A extradição é **ativa** quando o Estado brasileiro é quem pede a entrega do delinqüente ao Estado estrangeiro. Na extradição ativa, o Estado brasileiro é o requerente e o delinqüente não se encontra em território nacional.

A extradição **passiva** é aquela em que o Estado estrangeiro pede ao Brasil a entrega do criminoso. A extradição passiva inicia com o requerimento do Estado estrangeiro, que deve ser examinado pelo Poder Judiciário brasileiro, a quem cabe decidir sobre o atendimento dos pressupostos para a entrega

do criminoso, e se completa no plano administrativo, com o atendimento do pedido, se for o caso.

O Supremo Tribunal Federal somente dispõe de competência originária para processar e julgar as extradições passivas, que são aquelas requeridas, ao Governo do Brasil, por Estados estrangeiros (CF, art. 102, I, "g"). Não cabe ao Pretório Excelso atuar nas hipóteses de extradições ativas, pois estas independem de apreciação do Poder Judiciário e deverão ser requeridas, diretamente, pelo Estado brasileiro, aos governos estrangeiros, em cujo território esteja a pessoa reclamada pelas autoridades nacionais.

Assim, **não** cabe ao Supremo Tribunal Federal determinar, ao Presidente da República, a adoção de providências necessárias destinadas à formulação, pelo Brasil, de pleito extradicional a ser encaminhado a Estado estrangeiro, com vistas a viabilizar a entrega, ao nosso País, de nacionais brasileiros que se achem presos em território estrangeiro.[31]

Cabe ressaltar que os pedidos de extradição (ativa ou passiva), por envolverem uma relação de caráter necessariamente intergovernamental, somente podem ser formulados por Estados soberanos, jamais por particulares.

O brasileiro nato jamais será extraditado. O brasileiro naturalizado, em regra, também não será extraditado, feitas exceções, porém, no caso de crime comum, praticado antes da naturalização, e na hipótese de comprovação do seu envolvimento, a qualquer tempo, em tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins.

O pedido de extradição somente poderá ser atendido pelo Brasil se houver tratado internacional entre os países, ou, inexistindo este, se houver, por parte do país requerente, promessa de reciprocidade de tratamento ao Brasil.

Somente haverá extradição se houver a chamada "dupla tipicidade", isto é, se a conduta atribuída ao extraditando revestir-se de tipicidade penal e for punível tanto no Brasil quanto no Estado requerente (interessa a conduta praticada, não a designação formal do tipo penal, que pode ser diversa nos dois países). Por outras palavras, o fato tem que ser crime no Brasil e no país requerente; se a conduta só é considerada crime no país requerente, sendo lícita (ou mera contravenção) no Brasil, não haverá extradição.

No Brasil, aplica-se à extradição o princípio da "especialidade", segundo o qual o extraditado somente poderá ser processado e julgado pelo país requerente pelo delito objeto do pedido de extradição. O STF, porém, aceita o "pedido de extensão", que é a permissão, solicitada pelo país estrangeiro, para processar a pessoa já extraditada por qualquer delito praticado antes da

Pet 3.569/MS, rei. Min. Celso de Mello.

extradição e diverso daquele que motivou o pedido extradicional, desde que o Estado requerido expressamente autorize.

Quando houver possibilidade de o indivíduo ser condenado no país solicitante à pena de morte, e não estiver configurada a única hipótese em que ela é admitida no Brasil (guerra declarada), só será concedida extradição se o país previamente comprometer-se a realizar a comutação, isto é, substituir a pena de morte por pena privativa de liberdade.

Caso o indivíduo possa ser condenado no país solicitante à prisão perpétua, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exige a redução da pena ao limite máximo de prisão admitido no Brasil, que é de trinta anos. Ao firmar essa orientação, deixou assente o tribunal que o deferimento da extradição depende de o Estado requerente assumir o compromisso de comutar, em pena não superior a trinta anos de reclusão, as penas de prisão perpétua impostas ao extraditando, uma vez que a regra contida na alínea "b" do inciso XLVII do art. 5.° da Constituição, que veda a cominação de penas de caráter perpétuo, precederia a outras de ordem convencional ou legal.[32]

Em nenhuma hipótese haverá extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (CF, art. 5.°, LII). Registre-se, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal, em relevante julgado, deixou assente que "os atos delituosos de natureza terrorista, considerados os parâmetros consagrados pela vigente Constituição da República, não se subsumem à noção de criminalidade política, pois a Lei Fundamental proclamou o repúdio ao terrorismo como um dos princípios essenciais que devem reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais (CF, art. 4.°, VIII), além de haver qualificado o terrorismo, para efeito de repressão interna, como crime equiparável aos delitos hediondos (...). A Constituição da República, presentes tais vetores interpretativos (CF, art. 4.°, VIII, e art. 5.°, XLIII), não autoriza que se outorgue, às práticas delituosas de caráter terrorista, o mesmo tratamento benigno dispensado ao autor

Ext 855/República do Chile, rei. Min. Celso de Mello, 26.08.2004, da qual transcrevemos excerto da ementa:
"EXTRADIÇÃO E PRISÃO PERPÉTUA: NECESSIDADE DE PRÉVIA COMUTAÇÃO, EM PENA TEMPORÁRIA (MÁXIMO DE 30 ANOS), DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA - REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM OBEDIÊNCIA À DECLARAÇÃO CONSTITUCIONAL DE DIREITOS (CF, ART. 5.°, XLVII, 'b').
- A extradição somente será deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75), eis que os pedidos extradicionais - considerado o que dispõe o art. 5.°, XLVII, 'b' da Constituição da República, que veda as sanções penais de caráter perpétuo - estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira. Doutrina. Novo entendimento derivado da revisão, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua jurisprudência em tema de extradição passiva."

de crimes políticos ou de opinião, impedindo, desse modo, que se venha a estabelecer, em torno do terrorista, um inadmissível círculo de proteção que o faça imune ao poder extradicional do Estado brasileiro...".[33]

4.31. Devido processo legal (art. 5.°, LIV)

Reza a Carta Política que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5.°, LIV).

Para efeito de registro histórico, esse princípio tem sua origem na Magna Carta inglesa, de 1215, na qual apresentava redação que costuma ser assim traduzida: "nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país".

O princípio do devido processo legal *(due process of law)* consubstancia uma das mais relevantes garantias constitucionais do processo, garantia essa que deve ser combinada com o princípio da inafastabilidade de jurisdição (CF, art. 5.°, XXXV) e com a plenitude do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5.°, LV). Esses três postulados, conjuntamente, afirmam as garantias processuais do indivíduo no nosso Estado Democrático de Direito. Do devido processo legal derivam, ainda, outros princípios pertinentes à[c] -antias processuais, como o princípio do juiz natural, a só admissibilidadt ^rovas lícitas no processo, a publicidade do processo, a motivação das decisões.

Acerca do conteúdo do postulado em análise, cumpre transcrever esta magistral lição, de lavra do Ministro Celso de Mello:

> O exame da garantia constitucional do 'due process of law' permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua própria configuração, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis 'ex post facto'; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicirude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (1) direito à prova; e (m) direito de presença e de

[33] Ext 855/República do Chile, rei. Min. Celso de Mello, 26.08.2004.

> 'participação ativa' nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes.[34]

Em sua feição principal, o princípio do devido processo legal deve ser entendido como garantia material de proteção ao direito de liberdade do indivíduo, mas também é garantia de índole formal, num dado processo restritivo de direito. Significa dizer que deve ser assegurada ao indivíduo paridade de condições em face do Estado, quando este intentar restringir a liberdade ou o direito aos bens jurídicos constitucionalmente protegidos daquele.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o postulado do *due process of law*, em sua destinação jurídica, também está vocacionado à proteção da propriedade, no sentido de que o Estado, no desempenho de sua atividade de desapropriação ou expropriação da propriedade particular, não pode agir arbitrariamente, desrespeitando os princípios constitucionalmente assegurados.

O Supremo Tribunal Federal deixou assente, também, que o princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade) tem sua sede material no princípio do devido processo legal (CF, art. 5.°, LIV), considerado em sua acepção substantiva, não meramente formal.

4.31.1. Princípio da razoabilidade ou proporcionalidade

O princípio da razoabilidade (da proporcionalidade, da proibição de excesso ou do devido processo legal em sentido substantivo) não se encontra expressamente previsto no texto da Carta Política de 1988, tratando-se, portanto, de postulado constitucional implícito.

O desenvolvimento da idéia de proporcionalidade deu-se com sua reiterada utilização pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, no período do segundo pós-guerra, que passou a adotar como fundamento de suas decisões expressões do tipo "excessivo", "inadequado", "necessariamente exigível", para depois reconhecê-lo como princípio constitucional, sob a denominação de princípio da proporcionalidade ou de proibição de excesso.

Com base nesse princípio, o Tribunal Constitucional alemão passou a controlar o excesso de poder, ampliando seu espectro para além do controle legislativo, abrangendo inclusive os atos executivos e judiciais. Sua adoção pelo Direito germânico como princípio inscrito no plano constitucional irradiou-se para vários países da Europa, integrando os seus sistemas constitucionais, seja como norma expressa ou implícita.

[34] HC 94.016, rei. Min. Celso de Mello, 07.04.2008.

A doutrina reconhece que o princípio da proporcionalidade é constituído de três subprincípios ou elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da **adequação,** também denominado da idoneidade ou pertinência, significa que qualquer medida que o Poder Público adote deve ser adequada à consecução da finalidade objetivada, ou seja, a adoção de um meio deve ter possibilidade de resultar no fim que se pretende obter; o meio escolhido há de ser apto a atingir o objetivo pretendido. Se, com a utilização de determinado meio, não for possível alcançar a finalidade desejada, impende concluir que o meio é inadequado ou impertinente.

O pressuposto da **necessidade** ou exigibilidade significa que a adoção de uma medida restritiva de direito só é válida se ela for indispensável para a manutenção do próprio ou de outro direito, e somente se não puder ser substituída por outra providência também eficaz, porém menos gravosa. Em outras palavras, só será válida a restrição de direito se não for possível adotar outra medida menos restritiva que seja capaz de atingir o mesmo objetivo, de alcançar o mesmo resultado.

Como terceiro subprincípio, o juízo de **proporcionalidade em sentido estrito** somente é exercido depois de verificada a adequação e necessidade da medida restritiva de direito. Confirmada a configuração dos dois primeiros elementos, cabe averiguar se os resultados positivos obtidos superam as desvantagens decorrentes da restrição a um ou a outro direito. Como a medida restritiva de direito contrapõe o princípio que se tenciona promover e o direito que está sendo restringido, a proporcionalidade em sentido estrito traduz a exigência de que haja um equilíbrio, uma relação ponderada entre o grau de restrição e o grau de realização do princípio contraposto.

Portanto, em essência, o princípio da razoabilidade significa que, ao se analisar uma lei restritiva de direitos, deve-se ter em vista o fim a que ela se destina, os meios adequados e necessários para atingi-lo e o grau de limitação e de promoção que ela acarretará aos princípios constitucionais que estejam envolvidos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Se os meios porventura não forem adequados ao fim colimado, ou se sua utilização acarretar cerceamento de direitos em um grau maior do que o necessário, ou ainda se as desvantagens da adoção da medida (restrição a princípios constitucionais) suplantarem as vantagens (realização ou promoção de outros princípios constitucionais), deve a lei ser invalidada por ofensa à Constituição, especificamente, por violação ao princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

Conforme antes afirmado, o STF já deixou assente que o princípio da proporcionalidade (da razoabilidade ou da proibição de excesso) tem sua sede material no princípio do devido processo legal (CF, art. 5.°, LIV), conside-

rado em sua acepção substantiva, não meramente formal. Assim, segundo o entendimento da Corte, dentro da perspectiva de um Estado Democrático de Direito, no qual todas as leis têm que ir ao encontro dos anseios do povo, o princípio do devido processo legal não se limita a assegurar a observância do processo na forma descrita na lei, mas impede também a permanência no ordenamento de leis desprovidas de razoabüidade.

O Supremo Tribunal Federal tem dado aplicação, em reiteradas decisões no âmbito do controle de constitucionalidade das leis, ao princípio constitucional da razoabüidade. Embora haja referência à sua utilização para realização do controle de atos executivos e jurisdicionais, tem a Suprema Corte utilizado o postulado da proporcionalidade principalmente como parâmetro para aferição da constitucionalidade de leis.

Cabe repisar, entretanto, que mais de uma vez o STF tem afirmado que "todos os atos emanados do Poder Público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabüidade",[35] bem assim que "a legitimidade de medida restritiva a direitos fundamentais há de ser aferida no contexto de uma relação meio-fim, devendo ser pronunciada a inconstitucionalidade que contenha limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais, não razoáveis".[36]

Por último, registramos que, na esfera infraconstitucional federal, o princípio da razoabüidade e proporcionalidade passou a ter previsão expressa com a edição da Lei n.° 9.784/1999, a qual, ao fixar normas de atuação da Administração Pública federal no âmbito do processo administrativo, determina que se observe "adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público" (art. 2.°, IV).

4.32. Contraditório e ampla defesa (art. 5.°, LV)

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão prescritos expressamente na Constituição Federal, nos termos seguintes (art. 5.°, LV):

> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

As garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa são indissociáveis, caminhando paralelamente no processo administrativo ou judicial.

[35] ADI 2.667/DF, rei. Min. Celso de Mello.
[36] ADI 1.969, rei. Min. Gilmar Mendes, 28.06.2007.

Estão, também, intimamente ligadas ao princípio do devido processo legal *(due process of law)*, pois não há como se falar em devido processo legal sem a outorga da plenitude de defesa (direito de defesa técnica, direito à publicidade dos atos processuais, direito à citação, direito à produção de provas, direito de recurso, direito de contestação etc).

Por ampla defesa entende-se o direito que é dado ao indivíduo de trazer ao processo, administrativo ou judicial, todos os elementos de prova licitamente obtidos para provar a verdade, ou até mesmo de omitir-se ou calar-se, se assim entender, para evitar sua auto-incriminação.

Por contraditório entende-se o direito que tem o indivíduo de tomar conhecimento e contraditar tudo o que é levado pela parte adversa ao processo. É o princípio constitucional do contraditório que impõe a condução dialética do processo *(par conditio)*, significando que, a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se, de apresentar suas contra-razões, de levar ao juiz do feito uma versão ou uma interpretação diversa daquela apontada inicialmente pelo autor. O contraditório assegura, também, a igualdade das partes no processo, pois equipara, no feito, o direito da acusação com o direito da defesa.

Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o postulado da ampla defesa e do contraditório inclui: (a) direito de as partes obterem informação de todos os atos praticados no processo; (b) direito de manifestação, oral ou escrita, das partes acerca dos elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; (c) direito das partes de ver seus argumentos considerados.

Ademais, por abarcar também o processo administrativo, o vocábulo **litigante** há de ser compreendido em sentido amplo, ou seja, aplica-se a qualquer situação em que estejam envolvidos interesses contrapostos, não possuindo o sentido processual de parte (estrito), a pressupor uma lide judicial ou administrativa. Na esfera administrativa, por exemplo, o contraditório e a ampla defesa assegurados constitucionalmente não se restringem aos processos de natureza disciplinar, nos quais o indivíduo encontra-se na condição de acusado, haja vista que o dispositivo constitucional não contempla especificidade.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do processo criminal, a garantia constitucional do contraditório não é exigível na fase do inquérito policial.

Sabe-se que, em regra, o processo criminal em sentido amplo implica três atuações distintas: (a) da autoridade policial, que realiza o inquérito policial; (b) do Ministério Público, que recebe as conclusões do inquérito policial e, se entender cabível, oferece a denúncia; (c) do Poder Judiciário que, ao apreciar a denúncia, poderá recebê-la ou rejeitá-la, dando início, na

hipótese de recebimento da denúncia, à fase judicial do processo, isto é, ao processo criminal propriamente dito.

Dentro dessa realidade, o inquérito policial afigura-se como mera fase investigatória, preparatória para a acusação. É tão-somente um procedimento investigatório, de natureza administrativa, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, que é o Ministério Público. Por isso, entende o Supremo Tribunal Federal que, na fase do inquérito policial, não há que se falar em garantia constitucional do contraditório ao investigado, não estando o Estado obrigado a colocar à sua disposição assistência jurídica. Segundo o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do processo criminal, o contraditório e a ampla defesa só são obrigatórios (e inafastáveis) na fase judicial do processo.[37]

Em face dessa orientação, deixou assente o STF que não ofende o princípio constitucional do contraditório e ampla defesa o interrogatório realizado por autoridade policial sem a presença de advogado (o interrogatório é válido justamente porque, nessa fase, a ampla defesa não é de observância obrigatória).

Por esse motivo não ser obrigatório o contraditório e a ampla defesa na fase do inquérito policial -, é nula a sentença penal condenatória proferida com base exclusivamente em fatos narrados no inquérito policial. As provas levantadas no inquérito policial devem ser discutidas em juízo, para que então possam ser exercidas as garantias do contraditório e da ampla defesa, antes de ser proferida a sentença.

Evidentemente, a prova colhida no inquérito policial poderá servir de base à condenação se os fatos apurados na instrução judicial a corroboram ou não a contradizem.[38] O que não se admite é a condenação com base exclusivamente nas conclusões do inquérito policial, sem uma apreciação judicial, sem a conseqüente garantia do contraditório e ampla defesa ao acusado.

Consideramos oportuno registrar que identificamos uma propensão à mitigação, por parte do Supremo Tribunal Federal, dessa orientação pela inaplicabilidade da ampla defesa e do contraditório à fase de inquérito policial dos processos criminais. Com efeito, no julgamento do HC 92.599/BA (rei. Min. Gilmar Mendes, 06.11.2007), ao deferir liminar determinando a juntada de provas a inquérito policial, requerida pelo investigado, que o tribunal de origem negara, sob o argumento da não sujeição do inquérito à ampla defesa e ao contraditório, deixou assente o relator que a jurisprudência do STF "tem assegurado a amplitude do direito de defesa mesmo que em sede de inquéritos policiais e/ou originários", colacionando julgados que "respaldam a tendência interpretativa de garantir aos investigados e indiciados a máxima efetividade constitucional no que concerne à proteção dos direitos fundamentais do devido processo legal, da'ampla defesa e do contraditório". Nos julgados então evocados pelo Min. Gilmar Mendes, reconheceu a Corte Suprema o direito de o advogado do investigado ter acesso aos dados já trazidos aos autos do inquérito, direito que prevaleceu sobre os interesses do sigilo das investigações (HC 88.190/RJ, rei. Min. Cezar Peluso, 2ª T„ 06.10.2006; HC 87.827/RJ, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T, 23.06.2006; HC 88.520, rei. Min. Cármen Lúcia, Pleno, 23.11.2006).

HC 73.513/SP, rei. Min. Moreira Alves, 26.03.1996.

Segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do processo criminal, a denúncia apresentada pelo Ministério Público deve ser concisa, clara, descrevendo especificamente a conduta do réu, para que seja possibilitado ao defensor exercer o seu direito constitucional ao contraditório e ampla defesa. A denúncia vaga, imprecisa, que não descreva adequadamente a conduta do réu é nula, por ofender a garantia de ampla defesa e contraditório.

No âmbito do processo administrativo, a sindicância preparatória para a abertura do processo administrativo disciplinar - PAD não deve obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Para o Supremo Tribunal Federal, concluindo a sindicância pela abertura do PAD, neste sim será obrigatória a notificação dos servidores envolvidos, a fim de assegurar-lhes o acompanhamento do processo, pessoalmente ou por intermédio de procurador, para que possam exercer a ampla defesa e o contraditório.

É nula, entretanto, a punição disciplinar (ainda que mera advertência) de servidores públicos não precedida de sindicância, nem de processo administrativo, que lhes permita o exercício do direito de defesa.[39]

Esses entendimentos da Corte merecem uma explicação adicional. Quando é instaurada uma sindicância administrativa, a fim de apurar desvio funcional de servidor, as conclusões desse procedimento poderão ser: (a) pelo arquivamento (em razão da insubsistência dos elementos de prova, por exemplo); (b) pela imposição de penalidade de advertência ou de suspensão de até trinta dias (isso na esfera federal); (c) pela instauração de um processo administrativo disciplinar - PAD, quando, em tese, a penalidade a ser aplicada ao servidor seja mais grave (demissão, por exemplo).

Nesta última hipótese - sindicância meramente preparatória à instauração de PAD - **não** será obrigatória, no âmbito da sindicância, a observância do contraditório e da ampla defesa, haja vista que tais garantias serão ulteriormente asseguradas ao servidor no curso do próprio PAD.[40]

Diferentemente, se a sindicância decidir pela imposição de penalidade disciplinar ao servidor - na esfera federal, advertência ou suspensão de até trinta dias -, será obrigatória, previamente, a observância das mencionadas garantias, sob pena de nulidade da punição aplicada.

Em resumo, a sindicância que resulte na instauração de um PAD não implica, ela mesma, aplicação de sanção nenhuma. Nessa hipótese, a sindicância tem caráter de mera investigação, mera apuração de fatos. Por isso, não há que se falar, no âmbito dessa sindicância, em contraditório e ampla defesa. De outra parte, se a sindicância resultar ela mesma na imposição de

[39] MS 22.789/RJ, rei. Min. Moreira Alves, 04.05.1999.

[40] STJ, Súmula 343: "É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar."

sanção (advertência ou suspensão de até 30 dias, na esfera federal), deverá, antes, ser assegurado o contraditório e a ampla defesa. Assim é porque, nesse caso, a sindicância não se esgotará na mera investigação e apuração de fatos, mas resultará diretamente em aplicação de penalidade e, sempre, sem exceção, a aplicação de penalidade deve ser precedida de contraditório e ampla defesa.

4.32.1. Ampla defesa e duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição significa a obrigatoriedade de que exista a possibilidade de uma causa ser reapreciada por um órgão judiciário (ou administrativo, se for o caso de processo administrativo) de instância superior, mediante a interposição de recurso contra a decisão do órgão de instância inferior. Em termos mais simples, significa que devem existir ao menos duas instâncias na via em que corre o processo (judicial ou administrativa) e deve haver um recurso à disposição de ambas as partes que implique a devolução da matéria apreciada e decidida em primeira instância a uma segunda instância, que novamente a apreciará e decidirá, podendo confirmar ou modificar a primeira decisão.

Representa importante garantia para o indivíduo que seja parte em um dado processo, pois assegura que a sua lide será apreciada, no mínimo, por dois juízos diferentes, por duas instâncias distintas. No Brasil, considerando que, em regra, o primeiro grau da Justiça é composto de órgãos singulares e as demais instâncias são tribunais colegiados, o duplo grau de jurisdição significa, também, que a questão posta em juízo será apreciada, pelo menos, por um órgão colegiado.

O duplo grau de jurisdição, quando obrigatório, afasta a possibilidade da existência de processos com instância única, com as chamadas decisões irrecorríveis. Nos ordenamentos constitucionais que adotam o duplo grau de jurisdição como obrigatório, não pode o legislador ordinário criar processos, de índole administrativa ou judicial, com uma única instância, sem direito à revisão por uma instância superior.

Após muita controvérsia doutrinária e jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal firmou orientação de que o princípio do duplo grau de jurisdição **não** é uma garantia constitucional na vigente Carta.[41]

Embora o Plenário do Supremo Tribunal Federal tenha firmado entendimento de que o duplo grau de jurisdição **não** constitui princípio constitucional na vigência da Carta da República de 1988, ressaltamos que, atualmente, há, no Tribunal, ministros que defendem a tese segundo a qual a garantia do duplo grau de jurisdição integra o ordenamento pátrio por força do art. 8.°, 2, "h", do Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional

Na esteira dessa interpretação do Pretório Excelso, conclui-se que não há, no nosso sistema jurídico, vedação constitucional à existência de processos judiciais ou administrativos com instância única (no caso de processos administrativos de instância única, sempre existirá a possibilidade de discussão da mesma matéria na via judicial; tratando-se de processo judicial de instância única, a decisão nela proferida é, desde logo, imutável, não passível de apreciação por nenhum outro órgão).

A fundamentação do STF para essa decisão repousa no art. 102, I, *b*, da Constituição Federal, que outorga competência originária para aquele Tribunal processar e julgar as mais altas autoridades da República (Presidente da República, deputados, senadores etc), sem possibilidade de recurso por parte dos réus contra a decisão condenatória. Assim, ponderou a Corte Suprema, se a própria Constituição admite a existência de instância única, é porque ela não consagrou o princípio do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional do indivíduo.

Cabe esclarecer, todavia, que essa orientação do STF não afasta a possibilidade de previsão, em texto de lei, do duplo grau de jurisdição obrigatório para processos judiciais ou administrativos específicos. A decisão do Tribunal Excelso afirma, apenas, que o duplo grau de jurisdição não é uma determinação constitucional, não necessita estar presente em todo contencioso, administrativo ou judicial.

Não obstante esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal já decidiu ser inconstitucional a exigência, mesmo que estabelecida em lei, de depósito prévio, arrolamento de bens e qualquer outra imposição onerosa, ou que implique constrição patrimonial, como condição de admissibilidade de recursos em processos administrativos (tratava-se, na hipótese, de processos concernentes a tributos). Considerou a Corte Suprema, basicamente, que exigências dessa ordem configuram ofensa ao art. 5.°, inciso LV, da Constituição, ora em comento, e também ao seu art. 5.°, XXXIV, "a", que garante, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição - gênero no qual reclamações, impugnações e recursos administrativos estão inseridos.[42]

4.33. Vedação à prova ilícita (art. 5.°, LVI)

Estabelece o inciso LVI do art. 5.° da Constituição:

incorporado ao nosso ordenamento jurídico, sem ressalva, com fundamento no § 2° do art. 5.° da Constituição Federal (HC 88.420/PR, rei. Min. Ricardo Lewandowski, 17.04.2007).

[42] RREE 388.359/PE, 389.383/SP, 390.513/SP, rei. Min. Marco Aurélio, 28.03.2007; Al 398.933 AgR/RJ e Al 408.914 AgR/RJ, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 28.03.2007; ADI 1.922/DF e ADI 1.976/DF, rei. Min. Joaquim Barbosa, 28.03.2007.

> LV1 - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

O primeiro ponto relevante diz respeito à distinção que a doutrina faz entre provas ilícitas, provas ilegais e provas ilegítimas.

Conforme lição de Alexandre de Moraes, **provas ilegais** são o gênero, que inclui as espécies provas ilícitas e provas ilegítimas.

A **prova ilícita** é aquela obtida com infringência ao direito material e a **prova ilegítima** é a que se obtém em afronta ao direito processual.

Seria prova ilícita, por exemplo, a obtida mediante uma escuta telefônica clandestina, ou a confissão obtida mediante tortura. Será prova ilegítima qualquer elemento trazido ao processo que contrarie determinada norma processual, como seria, na esfera cível, em regra, a produção de uma prova a destempo, isto é, depois de preclusa a oportunidade para a produção de provas. A vedação constitucional abrange qualquer espécie de prova ilegal.

A prova ilícita não pode ser utilizada nem no processo judicial, nem nos processos administrativos (para punição de um servidor público, por exemplo).

A simples presença de prova ilícita nos autos **não** invalida, necessariamente, o processo, se existirem nele outras provas lícitas e autônomas, isto é, colhidas sem necessidade dos elementos informativos revelados pela prova ilícita.[43] Em verdade, quando constatada a presença de provas ilícitas nos autos de um processo, faz-se, apenas, a separação das provas lícitas das ilícitas, podendo o processo ter o seu curso continuado, com base nas provas lícitas nele presentes.

Porém, a prova ilícita originária contamina todas as demais provas obtidas a partir dela, todas as provas decorrentes da ilícita são também ilícitas. É a aplicação, entre nós, da denominada *teoria dos frutos da árvore envenenada ifruits of the poisonous tree).*

Desse modo, se a partir de uma escuta telefônica clandestina forem levantadas provas contra o acusado, todas estas estarão contaminadas por aquela, todas serão ilícitas e deverão ser retiradas do processo. Se, em decorrência de uma escuta clandestina, forem levantados elementos que venham a permitir a realização de uma prisão em flagrante, esta será ilegítima, haja vista que a prisão em flagrante estará contaminada pela ilicitude da anterior escuta clandestina. Se o réu é preso ilegalmente e, durante a sua prisão, são levantadas provas mediante a realização de um interrogatório, estas são ilícitas, pois, afinal, o interrogatório só foi realizado em razão da prisão ilegal.

[43] HC 76.231/RJ, rei. Min. Nelson Jobim, 16.06.1998.

Destacamos, a seguir, algumas orientações do Supremo Tribunal Federal a respeito da ilicitude de prova:

a) é lícita a prova obtida por meio de gravação de conversa própria, feita por um dos interlocutores, se quem está gravando está sendo vítima de proposta criminosa do outro;[44]

Preliminarmente, esclarece-se que, no caso de gravação de conversa própria, não cabe cogitar de incidência da garantia do sigilo da comunicação telefônica, prevista no inciso XII do art. 5- da Constituição, porque tal garantia só pode ser violada quando há ciência do conteúdo da conversa por **terceiro.** Nesse caso, a eventual afronta seria ao disposto no art. 5% X, da Carta Magna, que se refere ao direito fundamental da inviolabilidade da honra, da privacidade ou da intimidade, mas esta não ocorre se o autor da gravação é vítima ou destinatário de proposta criminosa do outro.

Temos, nesse caso, a chamada *ponderação de valores constitucionais em conflito,* com a aplicação do princípio da razoabilidade. Como já examinado, a ordem jurídica não admite que uma garantia constitucional seja invocada para acobertar uma prática criminosa. Dessa forma, aquele que praticar um ato ilícito, desrespeitando os direitos fundamentais de terceira pessoa, não poderá invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas a fim de afastar a sua responsabilidade civil ou criminal. Seria um absurdo, por exemplo, considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima de atos criminosos, como o diálogo com seqüestradores ou estelionatários. Isso porque, em situações que tais, a conduta do infrator representou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela pela ordem jurídica. Assim, se um dos interlocutores está praticando um delito, não poderá invocar, frente ao outro interlocutor, vítima da investida criminosa, a sua garantia à inviolabilidade da intimidade ou da vida privada.

b) é lícita a gravação de conversa realizada por terceiro, com a autorização de um dos interlocutores, sem o consentimento do outro, desde que para ser utilizada em legítima defesa;[45]

Situação semelhante à anterior, também fundada na *ponderação de valores constitucionais em conflito,* com a única distinção de que a gravação, agora, não é realizada por um dos interlocutores, mas sim por terceiro, que não participa do diálogo. João (terceiro) grava a conversa entre Pedro e Paulo, com autorização de Pedro, sem o consentimento de Paulo, para que Pedro possa usar a gravação

[44] HC 80.949/RJ, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 30.10,2001.

[45] RE 212.081/RO, rei. Min. Octavio Gallotti, 05.12.1997; HC 74.356, rei. Min. Octavio Gallotti, 10.12.1996; HC 75.338, rei. Min. Nelson Jobim, 11.03.1998.

em legítima defesa contra Paulo (Pedro pode estar sendo vítima do crime de extorsão por parte de Paulo, por exemplo).

A ilicitude da prova é excluída caso sua utilização caracterize exercício de legítima defesa de quem a está utilizando, e desde que a pessoa que esteja utilizando a prova seja um dos interlocutores na conversa gravada, e não um terceiro.

c) é válida a prova de um crime descoberta acidentalmente durante a escuta telefônica autorizada judicialmente para apuração de crime diverso, desde que haja conexão entre os delitos;[46]

Imagine-se que, no curso de uma investigação criminal, o Poder Judiciário autorize a interceptação das comunicações telefônicas de João, suspeito do cometimento do crime "x". Em seguida, na execução da medida, durante a gravação das conversas telefônicas, aparece, num dos diálogos, Pedro, como praticante do crime "y". Observe-se que, nessa situação, Pedro aparece como um terceiro, estranho, que até então não era alvo da investigação. Porém, a prova levantada contra ele será considerada lícita, válida, desde que haja conexão entre os delitos "x" e "y" (afinal, embora a autorização judicial tenha recaído sobre o telefone de João, ela alcança as ligações ativas e passivas deste).

d) a confissão sob prisão ilegal é prova ilícita e, portanto, inválida a condenação nela fundada;[47]

Nesse caso, tem-se a aplicação direta da *teoria dos frutos da árvore envenenada.* Se a prisão é ilegal, as provas levantadas em confissão durante o respectivo período são ilícitas, porque contaminadas pela ilegalidade da prisão. Enfim, como a confissão do preso só ocorreu em razão da prisão ilegal, as provas resultantes dessa confissão são ilícitas, porque estão contaminadas por aquela ilegalidade.

e) é ilícita a prova obtida por meio de conversa informal do indiciado com policiais, por constituir "interrogatório" sub-reptício, sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial e sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio;

f) é lícita a prova obtida mediante gravação de diálogo transcorrido em local público.[48]

[46] HC 78.098/SC, rei. Min. Moreira Alves, 01.12.1998, de cuja ementa se extrai o seguinte trecho: "É lícita a prova obtida mediante escuta telefônica que incrimina outra pessoa, e não o investigando em cujo nome constava o telefone objeto da autorização judicial prevista na Lei n.° 9.296/1996".

[47] HC 70.277/MG, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 14.12.1993.

[48] HC 74.356/SP, rei. Min. Octávio Gallotti, DJ 25.04.1997.

Nesse caso, como o diálogo se deu em local público, não há que se falar em ilicitude da gravação, porquanto inexiste ofensa à intimidade ou à vida privada do sujeito (CF, art. 5.°, X), tampouco à inviolabilidade das comunicações (CF, art. 5.°, XII).

4.34. Princípio da presunção da inocência (art. 5.°, LVII)

O princípio da presunção da inocência está previsto no art. 5.°, LVII, da Carta Política, nos seguintes termos: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Essa garantia processual penal tem por fim tutelar a liberdade do indivíduo, que é presumido inocente, cabendo ao Estado comprovar a sua culpabilidade. Dela decorre, também, o princípio de interpretação das leis penais conhecido como *in dúbio pro reo,* segundo o qual, existindo dúvida na interpretação da lei ou na capitulação do fato, adota-se aquela que for mais favorável ao réu.

Alguns aspectos relacionados com a aplicação desse princípio merecem ser clareados, especialmente em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim, o princípio da presunção da inocência, consoante orientação de nossa Corte Suprema:

a) **não** afasta a legitimidade das diversas espécies de prisões cautelares (prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia, por sentenças condenatórias sem trânsito em julgado);

b) **não** revogou a regra segundo a qual "o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão", prevista no art. 594 do Código de Processo Penal;[49]

c) tem sua aplicação principal, mais rigorosa, na esfera penal, podendo ser admitida alguma atenuação, desde que observado um critério de razoabilidade, na esfera administrativa;

Com base nessa orientação, o STF decidiu que "não viola o postulado da presunção da inocência regra legal que determina a exclusão de oficial

[49] Em que pese o fato de o Plenário do STF ter decidido, por seis votos contra cinco, que a regra do art. 594 do CPP continua em vigor, não tendo sido revogada pela presunção de inocência do art. 5.°, LVII, da Constituição, nem pela aprovação, em 28.05.92, por decreto-legislativo do Congresso Nacional, do Pacto de San José da Costa Rica (HC 72.366/SP, rei. Min. Néri da Silveira, sessão de 13.09.95), a questão tem atualmente sido objeto de debates nas Turmas do Tribunal, razão pela qual será objeto de novo exame pelo Plenário (HC 83.332/SP, rei. Min. Carlos Britto, 17.02.2004).

da polícia de qualquer quadro de acesso à promoção por ter sido denunciado em processo crime, enquanto a sentença não transitar em julgado".[50]

d) impede o lançamento do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (o lançamento do nome do réu no rol dos culpados é o ato de registro da decisão condenatória para que ela produza seus diversos efeitos secundários, tais como caracterizar a reincidência, impedir o benefício da suspensão condicional da pena, acarretar a revogação de *sursis,* acarretar a revogação de reabilitação);

e) revogou a disposição constante do art. 408 do Código de Processo Penal, que determinava o lançamento do nome do réu no rol dos culpados após a sentença de pronúncia.

4.35. Identificação criminal do civilmente identificado (art. 5.°, LVIII)

Assegura o inciso LVIII do art. 5.° da Constituição:

> LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

Como se constata, trata-se de norma constitucional de eficácia contida, adotada a classificação do Prof. José Afonso da Silva. Assim, caso inexistisse lei ordinária excepcionando, em determinadas hipóteses, a dispensa da identificação criminal do civilmente identificado, ela nunca seria exigível.

A identificação civil que, como regra, exclui a criminal, é toda identificação oficial, como a carteira de identidade pelo registro geral, as carteiras funcionais válidas como de identidade, a atual carteira de motorista (carteira nacional de habilitação) etc.

Há leis, entretanto, que prevêem situações em que a identificação criminal deve ser feita, mesmo para quem já esteja identificado civilmente. É o caso, por exemplo, do disposto no art. 5.° da Lei n.° 9.034/1995, de combate ao crime organizado, segundo o qual "a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil".

De forma mais abrangente, o dispositivo constitucional em comento foi regulamentado pela Lei n.° 10.054/2000. Em seu art. 2.°, essa lei determina que "a prova de identificação civil far-se-á mediante apresentação de documento de

[50] RE 141.787/MT, rei. Min. Moreira Alves, 01.06.1999.

identidade reconhecido pela legislação", mas, em seu art. 3.°, estabelece uma extensa lista de situações em que o civilmente identificado deverá ser submetido, também, à identificação criminal, sendo oportuno mencionar as hipóteses do inciso I, quais sejam, estar o indivíduo "indiciado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público". A identificação criminal inclui o processo datiloscópico ("tocar piano") e fotográfico.

4.36. Ação privada subsidiária da pública (art. 5.°, LIX)

A possibilidade de iniciativa privada subsidiária em crimes de ação penal pública está assim prevista no art. 5.°, LIX:

> LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

Uma breve digressão faz-se necessária para que possamos situar o assunto.

Numa conceituação simplificada do direito de ação penal, diz-se que ele corresponde ao direito de pedir ao Estado-juiz a aplicação do direito penal objetivo (as leis penais, que tipificam os crimes em tese).

O Professor Mirabete explica que, como regra, é o Ministério Público quem ingressa em juízo exercendo o direito de ação para obter do Estado-juiz, não a condenação do réu, mas sim o julgamento da pretensão punitiva. Nesses casos, diz-se que o Ministério Público exerce o ***jus persequendi*** (direito de persecução criminal) ou ***jus*** *accusationis.*

Embora a regra geral seja a legitimação do Ministério Público para o ajuizamento da ação penal, casos há em que o particular poderá diretamente exercer o ***jus*** *accusationis.*

Por esse critério subjetivo, as ações penais são públicas, quando a titularidade de seu exercício é do Ministério Público, ou privadas (mais adequadamente ações penais de iniciativa privada), quando seu titular é o particular ofendido ou seu representante legal.

As ações penais públicas comportam, ainda, uma subdivisão, conforme esteja ou não presente uma condição específica de procedibilidade: a representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça. Quando exigido esse requisito, a ação diz-se pública condicionada; nos demais casos a ação será pública incondicionada (que são a regra geral em nosso ordenamento jurídico).

A Constituição de 1988, em seu art. 129, I, estabelece como função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal

pública, na forma da lei. Essa regra abrange as ações penais públicas incondicionadas e as condicionadas.

Embora se diga que a iniciativa nas ações públicas é privativa do Ministério Público, há uma única exceção, que, como não poderia deixar de ser, encontra-se expressamente prevista no próprio texto constitucional: trata-se exatamente da ação penal privada subsidiária da pública, assegurada como direito fundamental no ora estudado art. 5.°, LIX.

Esse dispositivo garante aos particulares a ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal. Essa possibilidade de iniciativa do particular, decorrente da inércia do Ministério Público em ação de iniciativa originalmente pública, consubstancia a denominada ***ação penal privada subsidiária.***

Na ação penal privada subsidiária, portanto, a titularidade do direito de persecução criminal originariamente pertencia ao Ministério Público. Por isso, após o oferecimento da queixa (o particular oferece queixa-crime; quem oferece denúncia é somente o Ministério Público) e instauração da ação penal privada subsidiária, o Ministério Público atuará no processo com as mesmas prerrogativas que possui relativamente às ações penais públicas, conforme explicita o art. 29 do CPP, transcrito:

> Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

A jurisprudência é pacífica quanto à impossibilidade de propositura de ação penal privada subsidiária da pública nos casos em que o Ministério Público deixa de oferecer a denúncia em razão de haver requerido ao juiz o arquivamento do inquérito policial por entender inexistentes elementos indiciários suficientes para a persecução ***in*** *judicio.* Em resumo, quando o inquérito é arquivado por requerimento do Ministério Público não cabe ação penal privada subsidiária. Esta somente é cabível quando o não oferecimento da denúncia decorre de inércia injustificada do Ministério Público.

Nesse sentido, é lapidar o seguinte pronunciamento do STF: "a admissibilidade da ação penal privada subsidiária da pública pressupõe, nos termos do art. 5.° LIX, da CF, a inércia do Ministério Público em adotar, no prazo legal (CPP, art. 46), uma das seguintes providências: oferecer a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou requisitar diligências".[51]

[51] HC 74.276/RS, rei. Min. Celso de Mello, 03.09.1996.

4.37. Hipóteses constitucionais em que é possível a prisão (art. 5.°, LXI, LXVI)

Nos termos do inciso LXI do art. 5.°, "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

Sendo o direito de liberdade um dos mais elementares direitos fundamentais, é natural que a Constituição, como uma de suas garantias, considere a prisão de um indivíduo medida marcadamente excepcional, restrita a casos determinados, ou somente passível de ser imposta por autoridade específica. Assegura, outrossim, a Carta Política, em reforço, que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança" (CF, art. 5.° LXVI).

A Constituição de 1988 limitou às autoridades judiciárias a competência para determinar a prisão, salvo quando se trate de prisão em flagrante ou militar. Assim, a ordem de prisão terá que partir do Poder Judiciário, ficando extintas, não recepcionadas, todas as normas pretéritas que previam decretação de prisão por autoridades administrativas.

Observe-se que mesmo no caso da decretação de prisão por autoridades judiciais não há ampla liberdade, isto é, faz-se necessária a existência de expressa previsão constitucional ou legal para que seja legítima a atuação do Judiciário ao expedir uma ordem de prisão. Inexistindo expressa previsão na Constituição ou nas leis, nem mesmo o Judiciário pode, a seu alvedrio, "criar" hipóteses de prisão.

As prisões em flagrante delito podem ser efetuadas por qualquer pessoa, sendo uma faculdade para o popular e um dever para a autoridade policial. Vale lembrar que até mesmo a inviolabilidade do domicílio é afastada no caso de flagrante delito, conforme preceitua o inciso XI do art. 5.° da Carta Magna.

As prisões militares podem ser disciplinares, caso em que são decretadas administrativamente, pela autoridade militar de hierarquia superior à do infrator, ou decorrerem de crimes militares, caso em que a prisão deve ser decretada pela Justiça Militar. Deve-se notar que, embora as prisões disciplinares militares obedeçam normas próprias, não se tem, de modo nenhum, autorização para prisões arbitrárias, cabendo, desde que haja provocação, o controle judicial da medida, que será declarada ilegal sempre que tenha sido contrária ao Direito.

Duas importantes disposições constitucionais relacionadas a esse comando merecem menção.

A primeira é que, durante o estado de defesa e o estado de sítio, a própria Constituição Federal admite a prisão administrativa, a ser decretada pelo executor dessas medidas excepcionais, sem necessidade de prévia autorização judicial (arts. 136, § 1.°, e 139).

A segunda é que, embora a Constituição autorize genericamente a prisão em flagrante de qualquer pessoa, essa medida não poderá ser adotada contra o Presidente da República, haja vista que este não se sujeita a nenhuma prisão de natureza cautelar, em razão da imunidade processual de que dispõe, segundo a qual, "enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito à prisão" (CF, art. 86, § 3.°). Também não se sujeitam irrestritamente à prisão os congressistas e os deputados estaduais, pois eles, desde a expedição do diploma, só poderão ser presos em flagrante de crime inafiançável, em face da imunidade processual de que também dispõem (CF, art. 53, § 2.°, c/c art. 27, § 1.°).

4.38. Direito à não auto-incriminação e outros direitos do preso (art. 5.°, LXII, LXIII, LXIV e LXV)

O preso tem o direito de permanecer calado para não incriminar a si próprio com as declarações prestadas, seja no inquérito policial, seja perante a autoridade judiciária (CF, art. 5.°, LXIII).

O privilégio contra a auto-incriminação traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo (sendo plenamente invocável perante as comissões parlamentares de inquérito), do Poder Executivo ou do Poder Judiciário.

A rigor, conquanto referida ao preso, essa garantia constitucional abrange toda e qualquer pessoa, perante qualquer esfera do Estado, pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do indivíduo (art. 5º, LVII), a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação. Assim, conforme tem sido reiteradamente afirmado pelo STF, qualquer pessoa que seja objeto de investigações administrativas, policiais, penais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado - ainda que convocada como testemunha -, possui o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si própria.[52]

Assim, o exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. O direito ao silêncio - poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa, relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la - impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado.

[52] HC 94.082, rei. Min. Celso de Mello, 14.03.2008.

Esse privilégio contra a auto-incriminação *(nemo tenetur se detegere),* erigido em garantia fundamental pela Constituição (art. 5.°, LXIII), importa compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio.

Segundo o STF, o preso tem o direito de ser informado a respeito dessa garantia constitucional (direito ao silêncio), sob pena de nulidade absoluta do interrogatório. Logo, a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o acusado, ainda quando observadas as demais formalidades procedimentais do interrogatório.

Em face desse entendimento, o STF considera ilícita a gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais, por constituir dita conversa informal modalidade de "interrogatório" sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial - se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio.[53]

Além do direito à não-auto-incriminação, a Carta Política de 1988 assegura expressamente ao preso o respeito à integridade física e moral (art. 5.°, XLIX), o direito de receber assistência de sua família e de advogado (CF, art. 5.°, LXIII), a garantia de que a sua prisão e o local em que ele se encontra serão comunicados imediatamente ao juiz competente e a sua família ou a pessoa por ele indicada (CF, art. 5.°, LXII),[54] o direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (CF, art. 5.°, LXIV), bem como a garantia de que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (CF, art. 5.°, LXV).

Por fim, é oportuno registrar que o Supremo Tribunal Federal firmou orientação de que a utilização de algemas deve ter **caráter excepcional,** configurando o seu uso abusivo violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e mesmo à presunção de inocência, sobretudo quando o objetivo manifesto da atuação policial abusiva é expor o preso à execração pública, representando uma verdadeira "condenação sem julgamento".[55] Com base

[53] HC 80.949/RJ, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 30.10.2001.

[54] Este dispositivo está regulamentado no art. 306 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n.° 11.449, de 15.01.2007, nestes termos:
"Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada.
§ 1.° Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.
§ 2.° No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas."

[55] HC 91.952, rei. Min. Marco Aurélio, 07.08.2008.

nessa orientação, a Corte Suprema editou a **Súmula Vinculante 11,** cuja redação transcrevemos abaixo:

> Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

4.39. Prisão civil por dívida (art. 5.°, LXVII)

Reza a Constituição Federal que "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel" (art. 5.°, LXVII).

Esse dispositivo estabelece a regra no nosso sistema, que é a inexistência de prisão civil por dívida, permitida unicamente em duas hipóteses: (a) inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia; e (b) depositário infiel.

A respeito da obrigação alimentícia, cabe ressaltar que se o não-pagamento se der em razão de um motivo de força maior (o desemprego, quando o indivíduo não possuir nenhuma outra fonte de renda, por exemplo), não há que se falar em prisão do devedor. Em situações assim, perdurará a dívida, mas a prisão **não** poderá ser utilizada como meio coercitivo para sua cobrança.

A figura do depositário infiel surgiu a partir do contrato de depósito, originário do direito privado. Nesse contrato, uma pessoa (o depositante) deixa determinada coisa (bem móvel) sob a custódia de outra (o depositário), que deverá devolvê-la quando aquele exigir. Ocorrendo de o depositante, no momento em que for requisitar a retirada do bem, não o encontrar na posse do depositário, estará este na situação de depositário infiel, podendo ser determinada sua prisão civil.

Há grande controvérsia quanto à possibilidade de haver prisão civil, com fundamento no art. 5.°, inciso LXVII, da Lei Maior, em outros ajustes (que não fossem um típico contrato de depósito) quando o indivíduo, em situação similar à do depositário, desaparecesse injustificadamente com o bem de outrem.

Caso típico tem-se no **contrato de alienação fiduciária em garantia,** em que o indivíduo contrai uma dívida para a aquisição de um bem (um veículo financiado, por exemplo) e, mediante a celebração do ajuste de fidúcia, deixa em garantia o próprio bem, embora fique com a sua posse. Nesse contrato, obriga-se o devedor ao regular pagamento das prestações da dívida,

sob pena de o bem poder vir a ser objeto de arresto para venda, destinada a quitar as prestações devidas,

Consideradas essas características do contrato de alienação fiduciária em garantia, a controvérsia consiste em saber se, tornando-se inadimplente o devedor, pode ele ser considerado depositário infiel, caso o credor, procedendo à busca do bem, não o encontre na posse do devedor. Pode contra esse devedor ser aplicada a prisão civil?

Apreciando a questão, o Supremo Tribunal Federal respondeu afirmativamente, isto é, firmou orientação de que é constitucional a prisão do devedor no contrato de alienação fiduciária, se o bem não é encontrado em sua posse, salvo motivo de força maior (o furto, por exemplo, afastaria a prisão).

Decidiu o Supremo Tribunal Federal, entretanto, que essa prisão decorrente do contrato de alienação fiduciária **não** pode ser estendida a terceiro a quem, por conluio fraudulento, tenha sido transferido o bem objeto da alienação fiduciária (o terceiro, que não foi parte no contrato de alienação fiduciária, não está sujeito à prisão civil).

Adotando a mesma orientação esposada quanto à alienação fiduciária, decidiu o Supremo Tribunal Federal que também é lícita a prisão civil do depositário infiel no penhor mercantil, no penhor agrícola e no depósito de bem imóvel.

É extremamente relevante, contudo, enfatizar que, ao que tudo indica, a Corte Suprema deverá rever essa orientação acerca da possibilidade de a lei equiparar a alienação fiduciária em garantia ao contrato de depósito, para efeito de ensejar a prisão civil do devedor fiduciário em cuja posse o bem não seja encontrado. É provável mesmo que o Supremo Tribunal Federal passe a considerar inconstitucional qualquer prisão civil de depositário infiel, mesmo que se esteja no âmbito de um típico contrato de depósito.

Com efeito, em 22.11.2006, no julgamento do RE 466.343/SP, o relator, Min. Cezar Peluso, em seu voto, defendeu que "entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade, conexão teórica entre dois modelos jurídicos, que permita sua equiparação".

O relator foi acompanhado, em voto-vista, pelo Min. Gilmar Mendes, que acrescentou outros fundamentos importantes, como o de que "a prisão civil do devedor-fiduciante viola o princípio da proporcionalidade, porque o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executorios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito".

A rigor, o voto do Min. Gilmar Mendes, cabe frisar, extrapolou a questão concernente à alienação fiduciária, possibilitando que venha a ser considerada inconstitucional qualquer prisão civil com fundamento em infidelidade do depositário (trate-se, ou não, de equiparação legal). Isso porque o ilustre magistrado, em seu voto, afirmou que "os tratados internacionais de direitos

humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7.°, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel".

Depois, votaram, acompanhando o relator, os Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio. O julgamento, entretanto, foi suspenso, em razão do pedido de vista dos autos feito pelo Min. Celso de Mello.

4.40. Assistência jurídica gratuita (art. 5.°, LXXIV)

Determina a Constituição Federal que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5.°, LXXIV).

No intuito de facilitar o acesso de todos à Justiça, conferiu o legislador constituinte a todo aquele que comprovar que sua situação econômica não lhe permite pagar os honorários advocatícios e custas judiciais, sem prejuízo para seu sustento e de sua família, um direito público subjetivo, qual seja, a assistência jurídica integral e gratuita, contemplando o pagamento de honorários de **advogado** e **perito.**

Ademais, ao assegurar o acesso pleno à Justiça, são concretizados, também, outros relevantes direitos fundamentais previstos na Carta Política, tais como igualdade (art. 5.°, I), devido processo legal (art. 5.°, LIV), ampla defesa e contraditório (art. 5.°, LV), juiz natural (art. 5.°, XXXVII c/c LIII) e, especialmente, inafastabilidade de jurisdição (art. 5.°, XXXV).

Essa assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos será prestada, em todos os graus, pela Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado (CF, art. 134).

Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados (CF, art. 134, parágrafo único).

Porém, mesmo antes da criação da Defensoria Pública, os entes federados estão obrigados à prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, haja vista que o art. 5.°, inciso LXXIV, da Lei Maior é norma constitucional de **eficácia plena,** de aplicabilidade imediata, produtora de todos os seus efeitos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o que impõe ao Estado a obrigatoriedade

de pagamento de advogado e perito contratados pelo hipossuficiente quando inexistir órgão estatal de assistência jurídica.[56]

Assim, a mera promulgação do texto constitucional impôs ao Estado o dever irrecusável de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, inclusive pagamento de advogado, quando inexistir órgão estatal de assistência jurídica (Defensoria Pública).

A simples declaração, prevista na Lei n.° 1.060/1950, feita pelo próprio interessado, pessoa natural, de que sua situação econômica não lhe permite vir a juízo sem prejuízo de sua manutenção ou de sua família basta para viabilizar-lhe o acesso ao benefício da assistência judiciária gratuita, pois entende o Supremo Tribunal Federal que "a garantia do art. 5.°, LXXIV - assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos -, não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei n.° 1.060, de 1950".[57]

Considerando que a assistência jurídica integral e gratuita prestada pelo Estado compreende os honorários de advogado e perito, o STF firmou entendimento de que "cabe ao Estado o custeio do exame de DNA para os beneficiários da assistência judiciária gratuita, em virtude da auto-executoriedade do art. 5.°, LXXIV, da CF, possibilitando o amplo acesso à Justiça e a igualdade no litígio para os menos favorecidos, sendo incabível a discussão de descumprimento do precatório judicial".[58]

Nesse julgado, afastou-se a alegada violação direta ao art. 100 da Constituição - ausência de previsão orçamentária para a despesa com o referido exame de DNA -, o qual não pode configurar óbice à eficácia plena do inciso LXXIV do art. 5.°, norma auto-aplicável, que garante aos necessitados o amplo acesso à Justiça.

Porém, no tocante à sucumbência, decidiu o STF que "o beneficiário da justiça gratuita que sucumbe é condenado ao pagamento das custas, que, entretanto, só lhe serão exigidas, se até cinco anos contados da decisão final, puder satisfazê-las sem prejuízo do sustento próprio ou da família".[59]

Por fim, cabe ressaltar que esse benefício da gratuidade constitui direito público subjetivo reconhecido tanto à pessoa física quanto à **pessoa jurídica** de direito privado, independentemente de esta possuir, ou não, fins lucrativos, desde que devidamente comprovada a insuficiência de recursos para suportar as despesas do processo e o pagamento da verba honorária. Entretanto, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tratando-se de pessoa

[56] RE 192.715-1, rei. Min. Celso de Mello, 21.11.2006.
[57] RE 192.715-1, rei. Min. Celso de Mello, 21.11.2006.
[58] RE 224.775, rei. Min. Néri da Silveira, 09.04.2002.
[59] RE 184.841/DF, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 21.03.1995.

jurídica - com ou sem fins lucrativos -, impõe-se-lhe, para efeito de acesso ao benefício da gratuidade, o ônus de comprovar a sua alegada incapacidade financeira, **não** sendo suficiente, portanto, ao contrário do que sucede com a pessoa natural, a mera afirmação de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários advocatícios.[60]

Assim, com relação às pessoas jurídicas, a exigência para o cumprimento do requisito "insuficiência de recursos" é diversa, pois o ônus da prova sobre elas recai. Em suma, admite-se a concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas - com ou sem fins lucrativos -, mas somente se essas comprovarem, de modo satisfatório, a impossibilidade de arcarem com os encargos processuais, sem comprometer a existência da entidade. A comprovação da miserabilidade jurídica poderá ser feita, pelas pessoas jurídicas, por documentos públicos ou particulares, tais como: declaração de imposto de renda; livros contábeis registrados na junta comercial; balanços aprovados pela assembléia, ou subscritos pelos diretores etc.

4.41. Indenização por erro judiciário e excesso na prisão (art. 5.°, LXXV)

O inciso LXXV do art. 5.° da Constituição assegura que "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença". Trata-se de hipóteses de responsabilidade civil do Estado.

A responsabilidade civil, genericamente, traduz-se em uma obrigação de indenizar e, em regra, surge quando uma pessoa, atuando com culpa ou dolo, ocasiona um dano, patrimonial ou moral, a outra pessoa.

As normas acerca da responsabilidade civil do Estado, isto é, das situações em que o Poder Público é obrigado a indenizar alguém a quem causou dano, diferem daquelas aplicáveis aos particulares, podendo-se afirmar que a regra geral é serem mais rigorosas, em favor do particular. Entretanto, outra regra geral é só haver responsabilidade civil do Estado quando ele está atuando como Administração Pública (em qualquer dos três Poderes). Nas atividades legislativa e jurisdicional, diversamente, a regra é a inexistência de responsabilidade civil do Estado.[61]

Em sua primeira parte, o inciso LXXV do art. 5.° da Constituição, ora em comento, traz uma importante exceção à irresponsabilidade por atos jurisdicionais. Com efeito, no caso de erro judiciário (o erro judiciário a que

[60] RE 192.715-1, rei. Min. Celso de Mello, 21.11.2006.

[61] O princípio da irresponsabilidade por atos jurisdicionais tem a finalidade de assegurar a liberdade e a independência dos magistrados e, assim, do próprio Poder Judiciário.

se refere o dispositivo é exclusivo da esfera penal, ou seja, é a condenação penal indevida), há responsabilidade civil do Estado, podendo a pessoa que foi injustamente condenada pleitear judicialmente indenização pelos danos morais e materiais decorrentes dessa condenação.

E mister esclarecer que, primeiro o condenado terá que obter invalidação de sua condenação mediante revisão criminal. Julgada procedente a revisão, então deverá ser proposta ação própria no juízo cível, pleiteando a indenização pelos danos morais e materiais decorrentes da condenação penal indevida. Registra-se que o erro judiciário não pode ser apurado e corrigido por meio de ***habeas corpus,*** mas somente mediante revisão criminal.

Na hipótese de um indivíduo ficar preso além do tempo fixado na sentença, a responsabilidade civil do Estado não decorre de algum ato jurisdicional, mas sim de atuação administrativa. A pessoa que tenha sofrido o dano, patrimonial e moral, decorrente dessa atuação (ou omissão) indevida do Estado deverá pleitear a indenização diretamente mediante ação cível específica.

4.42. Gratuidade do Registro Civil de Nascimento e da Certidão de Óbito (art. 5.°, LXXVI)

Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, porém, mediante delegação do Poder Público (CF, art. 236).

Em decorrência do caráter privado dos serviços, admite-se a cobrança de emolumentos pela sua prestação, os quais reverterão em benefício do próprio titular da serventia, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses (CF, art. 236, § 3.°).

Não obstante os titulares da serventia fazerem jus aos emolumentos pela prestação dos respectivos serviços, determina a Constituição que são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei, o registro civil de nascimento e a certidão de óbito (art. 5.°, LXXVI).

Sem prejuízo dessa disposição constitucional (art. 5.°, LXXVI), o Supremo Tribunal Federal considerou válida previsão legal (Lei n.° 9.534/1997) de gratuidade do registro civil de nascimento, do assento de óbito, bem como da primeira certidão respectiva, para **todos os cidadãos** (e **não** somente para os reconhecidamente pobres), sob o fundamento de que o fato de a Constituição assegurar tais direitos apenas aos reconhecidamente pobres (art. 5.°, LXXVI) não impede o legislador de estendê-los a outros cidadãos. Destacou-se que o princípio da proporcionalidade apresenta duas facetas - a proibição de

excesso e a proibição de proteção deficiente -, legitimando essa previsão legal, que busca igualar ricos e pobres em dois momentos cruciais da vida, de maneira a permitir que todos, independentemente de sua condição ou sua situação patrimonial, nesse particular, possam exercer os direitos de cidadania exatamente nos termos do que dispõe o art. 5.°, LXXVII, da Constituição Federal (tal inciso assegura, na forma da lei, a gratuidade dos "atos necessários ao exercício da cidadania").[62]

4.43. Celeridade processual (art. 5.°, LXXVIII)

Dispõe a Constituição Federal que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5.°, LXXVIII, introduzido pela EC n.° 45/2004).

Sabe-se que no Brasil a morosidade dos processos judiciais e a baixa efetividade de suas decisões, dentre outros males, retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático.

Diante dessa realidade, é indiscutível a importância que assume a consagração, em favor dos cidadãos, do direito de ver julgados, em prazo razoável, sem demora excessiva ou dilações indevidas, os litígios submetidos à apreciação do Poder Judiciário (e também da Administração Pública, no âmbito dos processos administrativos).

A relevância do reconhecimento desse direito, mesmo antes do acréscimo do inciso em comento pela EC n.° 45/2004, vinha sendo assentada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, em mais de um julgado, teve oportunidade de afirmar a necessidade de acelerar a prestação jurisdicional, de neutralizar retardamentos abusivos ou dilações indevidas na resolução dos litígios, por parte de magistrados e Tribunais.[63]

[62] ADI 1.800/DF, rei. orig. Min. Nelson Jobim, rei. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 11.06.2007.

[63] "O JULGAMENTO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS CONSTITUI PROJEÇÃO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

- O direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do 'due process of law'. O réu (...) tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva nem dilações indevidas. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7.°, n.°s. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência.

- O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário (...), traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional." (RTJ 187/933-934, rei. Min. Celso de Mello.)

Esse princípio vazado no inciso LXXVIII do art. 5.° da Carta Magna, que visa a garantir a todos os litigantes, na esfera judicial ou administrativa, a celeridade na tramitação dos processos, veio complementar e dotar de maior eficácia outras garantias já previstas na Constituição Federal, tais como: o direito de petição aos poderes públicos (art. 5.°, XXXIV); a inafastabilidade de jurisdição (art. 5.°, XXXV); o contraditório e ampla defesa (art. 5.°, LV) e o devido processo legal (art. 5.°, LIV).

A inserção, no rol do art. 5.° da Constituição Federal, do princípio da celeridade processual, pela EC n.° 45/2004, realça, ademais, a natureza **não exaustiva** dos direitos e garantias fundamentais constitucionais, aspecto explicitado no § 2.° do art. 5.° da Carta da República.

4.44. *Habeas corpus* (art. 5.°, LXVIII)

A Constituição Federal, seguindo a tendência das Constituições contemporâneas, consagra um grande conjunto de direitos ao indivíduo. Com o intuito de assegurar efetividade a esses direitos, institui, paralelamente, as denominadas "garantias", sendo que, entre essas garantias, destacam-se os "remédios constitucionais".

A expressão "remédios constitucionais" designa determinadas garantias que consubstanciam meios colocados à disposição do indivíduo para salvaguardar seus direitos diante de ilegalidade ou abuso de poder cometido pelo Poder Público. Não se trata de meras proibições endereçadas ao Estado, como ocorre com a maioria das demais garantias; os denominados remédios são instrumentos à disposição do indivíduo para que ele possa atuar quando os direitos e as próprias garantias são violadas.

Na vigente Constituição, temos remédios administrativos (direito de petição e direito de certidão) e remédios judiciais *(habeas data, habeas corpus,* mandado de segurança, mandado de injunção e ação popular).

Os remédios administrativos (direito de petição e direito de certidão) já foram estudados, em tópicos precedentes. Nos itens a seguir, examinaremos os aspectos constitucionais e legais dos denominados remédios constitucionais de natureza judicial, iniciando pelo remédio heróico *(habeas corpus).*

Estabelece a Constituição, no inciso LXVIII de seu art. 5.°: "conceder-se-á 'habeas-corpus' sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;"

O *habeas corpus é* o remédio a ser utilizado contra ilegalidade ou abuso de poder no tocante ao direito de locomoção, que alberga o direito de ir, vir e permanecer do indivíduo.

Típico direito de primeira geração, o *habeas corpus* visa a garantir o direito individual de locomoção, por meio de uma ordem exarada por um órgão do Poder Judiciário -juiz ou tribunal -, para que seja cessada a ameaça ou coação à liberdade de locomoção do indivíduo.

O *habeas corpus* é ação de natureza penal, de procedimento especial e isenta de custas (é gratuito), com objeto específico, constitucionalmente delineado - liberdade de locomoção -, não podendo ser utilizado para a correção de qualquer ilegalidade que não implique coação ou iminência de coação, direta ou indireta, à liberdade de ir, vir e permanecer.

Em respeito ao direito fundamental de locomoção, nos julgamentos de *habeas corpus* no âmbito dos tribunais do Poder Judiciário, sempre que houver empate na deliberação, decide-se favoravelmente ao réu.

O *habeas corpus* pode ser:

a) repressivo (liberatório), quando o indivíduo já teve desrespeitado o seu direito de locomoção (já foi ilegalmente preso, por exemplo); ou

b) preventivo (salvo-conduto), quando há apenas uma ameaça de que o seu direito de locomoção venha a ser desrespeitado (o indivíduo está na iminência de ser preso, por exemplo).

Desde que presentes os seus pressupostos (probabilidade de ocorrência de dano irreparável e indicação razoável da ilegalidade no constrangimento), é possível a concessão de medida liminar em *habeas corpus,* seja ele preventivo ou repressivo (a medida liminar é uma ordem judicial proferida prontamente, mediante um juízo sumário, porém precário, ou seja, não definitivo, de plausibilidade das alegações e de risco de dano de difícil reparação, se houvesse demora na prestação jurisdicional).

A legitimação ativa no *habeas corpus* é universal: qualquer do povo, nacional ou estrangeiro, independentemente de capacidade civil, política ou profissional, de idade, de sexo, profissão, estado mental, pode ingressar com *habeas corpus,* em benefício próprio ou alheio *(habeas corpus* de terceiro). Não há impedimento algum para que uma pessoa menor de idade, analfabeta, doente mental, mesmo sem representação ou assistência de terceiro, ingresse com *habeas corpus.* A jurisprudência admite, inclusive, a impetração de *habeas corpus* por pessoa jurídica, em favor de pessoa física a ela ligada (um diretor da empresa, por exemplo).

Não há necessidade de advogado para a impetração de *habeas corpus.* Não se exige, tampouco, a subscrição de advogado para a interposição de recurso ordinário contra decisão proferida em *habeas corpus.*[M]

HC 84.716/MG, rei. Min. Marco Aurélio, 19.10.2004.

O *habeas corpus* será impetrado contra um ato do sujeito coator, que tanto poderá ser autoridade pública (delegado de polícia, promotor de justiça, juiz, tribunal etc), quanto particular, para fazer cessar uma coação ilegal. Assim, é possível a impetração de *habeas corpus* contra ato de agente privado (contra o agente de um hospital, que esteja ilegalmente impedindo a saída do paciente, por exemplo).

4.44.7. *Ofensa indireta ao direito de locomoção*

Segundo a jurisprudência do STF, será cabível *habeas corpus* não só contra a ofensa direta, mas também frente à ofensa indireta, reflexa ou potencial ao direito de locomoção.

Temos ofensa indireta (ou ameaça de ofensa indireta) ao direito de locomoção quando o ato que se esteja impugnando possa resultar em um procedimento que, ao final, acarrete detenção ou reclusão do impetrante.

Um exemplo freqüente e bastante ilustrativo é o da utilização do *habeas corpus* para atacar (ou impedir) a quebra de sigilo bancário.

Em regra, o instrumento idôneo para atacar a quebra do sigilo bancário é o mandado de segurança. Entretanto, há uma situação em que o STF admite, alternativamente, a impetração de *habeas corpus:* quando a quebra do sigilo bancário implicar ofensa indireta ou reflexa ao direito de locomoção.

Essa situação pode ocorrer, por exemplo, com uma pessoa que esteja respondendo a um processo criminal por sonegação fiscal, crime apenado com **reclusão,** sendo que, nesse processo, foi determinada pelo magistrado competente a quebra do sigilo bancário dessa pessoa. Se ela entender que essa medida determinada pelo juiz é arbitrária (por falta de fundamentação, por exemplo) poderá impetrar *habeas corpus* contra a medida, por representar uma ofensa indireta ao seu direito de locomoção.

A quebra do sigilo bancário representa uma ofensa indireta ao direito de locomoção porque, posteriormente, a pessoa processada poderia ser condenada à pena privativa de liberdade (reclusão) com base nas provas levantadas durante a quebra do seu sigilo bancário. A quebra do sigilo bancário representa, portanto, uma ofensa indireta e potencial ao seu direito de locomoção (no futuro).

Nesse caso - determinação da quebra do sigilo bancário com ofensa indireta ao direito de locomoção -, a pessoa poderá optar pelo ajuizamento do mandado de segurança ou pela impetração do *habeas corpus.*

E se a quebra do sigilo bancário houvesse sido determinada pela autoridade fiscal, no curso de um processo administrativo tributário, poderia ser impetrado *habeas corpus* contra ela?

Nessa hipótese, o *habeas corpus* seria incabível, porque em um processo administrativo tributário a quebra do sigilo bancário não implica ofensa indi-

reta ao direito de locomoção, uma vez que não existe nenhuma possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade em um processo administrativo tributário. Somente poderia, então, ser utilizado o mandado de segurança contra a quebra do sigilo bancário (desde que presentes os pressupostos para impetração do mandado de segurança, obviamente).

Em suma, o *habeas corpus* poderá ser impetrado sempre que o indivíduo vislumbrar em uma medida ilegal ou abusiva uma ofensa indireta ou reflexa ao seu direito de locomoção.

Além do antes visto exemplo da quebra de sigilo bancário no âmbito de um processo criminal em que esteja sendo imputado ao processado crime apenado com pena privativa de liberdade, seriam também exemplos a impetração de *habeas corpus* contra a quebra do sigilo telefônico, ou contra a quebra de sigilo fiscal, para pleitear a retirada de provas ilícitas dos autos de processo, enfim, qualquer hipótese em que esteja configurada ofensa indireta ao direito de locomoção, isto é, sempre que as medidas impugnadas tenham sido determinadas em processo no qual o indivíduo possa, em tese, ser condenado a pena privativa de liberdade.

Nessa mesma linha, o indivíduo convocado para depor como testemunha perante comissão parlamentar de inquérito - CPI poderá impetrar *habeas corpus* para afastar a convocação, se entendê-la arbitrária, pois a mera convocação implica ofensa indireta ao direito de locomoção, uma vez que, se o indivíduo não comparecer voluntariamente, poderá ser conduzido coercitivamente pela CPI (a mera convocação representa, assim, uma ofensa indireta ao direito de locomoção).

4.44.2. Descabimento

Segundo a jurisprudência do STF, será incabível *habeas corpus* para:

a) impugnar decisões do Plenário ou de qualquer das Turmas do STF, visto que esses órgãos, quando decidem, representam o próprio Tribunal;

b) impugnar determinação de suspensão dos direitos políticos;

c) impugnar pena advinda de decisão administrativa de caráter disciplinar (advertência, suspensão, demissão, destituição de cargo em comissão etc), pois estas não implicam restrição ao direito de locomoção;

d) impugnar decisão condenatória à pena de multa, ou relativa a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada (STF, Súmula n.° 693);

e) impugnar a determinação de quebra de sigilo telefônico, bancário ou fiscal, se desta medida não puder resultar condenação à pena privativa de liberdade;

f) discutir o mérito das punições disciplinares militares;

Reza o texto constitucional que não caberá *habeas corpus* contra punições disciplinares militares (CF, art. 142, § 2.-). A razão dessa vedação é que, como vimos, o meio militar segue regras próprias de conduta, de hierarquia e disciplina, bem mais rígidas do que as que imperam no âmbito civil, e, portanto, não faria sentido o magistrado, estranho às peculiaridades das corporações militares, substituir o juízo de conveniência da autoridade militar na imposição de uma punição disciplinar.

Entretanto, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, essa vedação há que ser interpretada com certo abrandamento, no sentido de que não caberá *habeas corpus* em relação ao **mérito** das punições disciplinares militares.[65] Significa dizer que a Constituição não impede a impetração de *habeas corpus* para que o Poder Judiciário examine os pressupostos de legalidade da medida adotada pela autoridade militar, tais como a competência da autoridade militar, o cumprimento dos procedimentos estabelecidos no regulamento militar, a pena suscetível de ser aplicada ao caso concreto - dentre outros.

g) questionar afastamento ou perda de cargo público, bem assim contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública (STF, Súmula n.° 694);

h) dirimir controvérsia sobre a guarda de filhos menores;

i) discutir matéria objeto de processo de extradição, quando os fatos não são líquidos quanto à definição do crime;

j) o questionamento de condenação criminal quando já extinta a pena privativa de liberdade (STF, Súmula n.° 695);

1) impedir o cumprimento de decisão que determina o seqüestro de bens imóveis;

m) discutir a condenação imposta em processo de *impeachment*, pela prática de crime de responsabilidade, visto que tal condenação, de natureza política, não põe em risco a liberdade de ir e vir da autoridade (somente poderá advir

[65] STF, 1.ª T., HC 70.648/RJ, rei. Min. Moreira Alves, DJU 04.03.1994.

a perda do cargo público e a inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública - CF, art. 52, parágrafo único);

n) impugnar o mero indiciamento em inquérito policial, desde que presentes indícios de autoria de fato que configure crime em tese;

o) impugnar omissão de relator de extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem foi ele provocado a respeito (STF, Súmula n.° 692).

4.45. Mandado de segurança (art. 5.°, LXIX)

Reza a Constituição de 1988, em seu art. 5.°, inciso LXIX:

> LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas-data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

O mandado de segurança é ação judicial, de rito sumário especial, a ser utilizada quando direito líquido e certo do indivíduo for violado por ato de autoridade governamental ou de agente de pessoa jurídica privada que esteja no exercício de atribuição do Poder Público. É sempre ação de **natureza civil,** ainda quando impetrado contra ato de juiz criminal, praticado em processo penal.

O mandado de segurança é ação de natureza residual, subsidiária, pois somente é cabível quando o direito líquido e certo a ser protegido não for amparado por outros remédios judiciais *{habeas corpus* ou *habeas data,* ação popular etc./

O mandado de segurança é cabível contra o chamado "ato de autoridade", entendido como qualquer manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de atribuições públicas. Ressalte-se que não só as manifestações positivas, comissivas, são consideradas "atos de autoridade", pois as omissões das autoridades também podem violar direito líquido e certo do indivíduo, legitimando a impetração do mandado de segurança.

Porém, nem todo o direito é amparado pela via do mandado de segurança: a Constituição exige que o direito invocado seja líquido e certo.

Direito líquido e certo é aquele demonstrado de plano, de acordo com o direito, e sem incerteza, a respeito dos fatos narrados pelo impetrante. É o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.

Se a existência do direito for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não será cabível o mandado de segurança. Esse direito incerto, indeterminado, poderá ser defendido por meio de outras ações judiciais, mas não na via especial e sumária do mandado de segurança.

Por essa razão, não há dilação probatória no mandado de segurança; as provas devem ser pré-constituídas, documentais, levadas aos autos do processo no momento da impetração.

Segundo a orientação dominante, a exigência de liquidez e certeza recai sobre a **matéria de fato,** sobre os fatos alegados pelo impetrante para o ajuizamento do mandado de segurança. Estes, sim, necessitam de comprovação inequívoca, de plano.

A matéria de direito, por mais complexa e difícil que se apresente, pode ser apreciada em mandado de segurança. É essa a jurisprudência do STF, segundo a qual a alegação de "grande complexidade jurídica" do direito invocado não é motivo para obstar a utilização da via do mandado de segurança.[66]

Consoante orientação firmada pelo STF, não cabe condenação em honorários de advogado (ônus de sucumbência) na ação de mandado de segurança (STF, Súmula 512).

Têm legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança (sujeito ativo):

a) as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, domiciliadas ou não no Brasil;

b) as universalidades reconhecidas por lei, que, embora sem personalidade jurídica, possuem capacidade processual para defesa de seus direitos (o espólio, a massa falida, o condomínio de apartamentos, a herança, a sociedade de fato, a massa do devedor insolvente etc);

c) os órgãos públicos de grau superior, na defesa de suas prerrogativas e atribuições;

d) os agentes políticos (governador de estado, prefeito municipal, magistrados, deputados, senadores, vereadores, membros do Ministério Público, membros dos tribunais de contas, ministros de estado, secretários de estado etc), na defesa de suas atribuições e prerrogativas;

e) o Ministério Público, competindo a impetração, perante os tribunais locais, ao promotor de justiça, quando o ato atacado emanar de juiz de primeiro grau de jurisdição.

STF, Súmula 625: "Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança."

Têm legitimidade passiva em mandado de segurança (autoridade coatora):

a) autoridade pública de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, bem como de suas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista;

b) agente de pessoa jurídica privada, desde que no exercício de atribuições do Poder Público (os agentes de pessoa privada só responderão em mandado de segurança se estiverem, por delegação, no exercício de atribuições do Poder Público).

Em mandado de segurança, em se tratando de atribuição delegada, a autoridade coatora será o agente delegado (que recebeu a atribuição), e **não** a autoridade delegante (que efetivou a delegação).

A Súmula 510 do STF é expressa quanto a esse ponto: "praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial".

A competência para o processo e julgamento do mandado de segurança, quando se tratar de ato praticado por autoridade delegada, tendo sido a delegação efetivada no próprio âmbito das entidades políticas - União, estados e municípios - será do juízo ou tribunal competente para apreciar os atos da autoridade delegada. Assim, se Ministro de Estado pratica um ato por delegação recebida do Presidente da República, o tribunal competente para apreciar mandado de segurança impetrado contra tal ato do ministro será o Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, "b"), não o Supremo Tribunal Federal (que seria o tribunal competente se o ato tivesse sido praticado pelo próprio Presidente da República, nos termos do art. 102, I, "d", da Constituição).

O Ministério Público é oficiante obrigatório no mandado de segurança, como parte pública autônoma, encarregada de velar pela correta aplicação da lei e pela regularidade do processo. Sua atuação é imparcial, como fiscal da aplicação da lei, podendo opinar pelo cabimento ou descabimento da ação. É indispensável o efetivo pronunciamento do Ministério Público no feito, sob pena de nulidade.

O mandado de segurança admite desistência a qualquer tempo, independentemente do consentimento do impetrado. Porém, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, essa faculdade de desistência encontra limite no julgamento de mérito da causa.[67] Assim, uma vez julgado o mérito da causa, o demandante pode desistir de recurso eventualmente interposto, mantendo intacta a decisão recorrida; entretanto, **não** lhe será permitido desistir do processo, sobretudo quando a decisão lhe for desfavorável.

[67] AI AgR-AgR 221.462/SP, rei. Min. Cezar Peluso, 07.08.2007.

O mandado de segurança pode ser **repressivo** (visando a reparar uma ilegalidade ou abuso de poder já praticados) ou **preventivo** (visando a afastar uma ameaça de lesão ao direito líquido e certo do impetrante).

O mandado poderá ser, também, **individual** (para proteger o direito líquido e certo do impetrante ou impetrantes, no caso de litisconsórcio ativo) ou **coletivo** (impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados).

No mandado de segurança coletivo, o interesse invocado pertence a uma categoria, agindo o impetrante - partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação - como mero substituto processual na relação jurídica.

O prazo para impetração do mandado de segurança é de **cento e vinte dias,** a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado (publicação do ato na imprensa oficial, por exemplo). Trata-se, conforme orientação do STF, de prazo decadencial, não passível de suspensão ou interrupção. Não ocorre a decadência, entretanto, se o mandado de segurança tiver sido protocolado a tempo perante juízo incompetente.

Se o ato impugnado é de trato sucessivo (pagamento periódico de vencimentos, prestações mensais de determinado contrato etc), o prazo de cento e vinte dias renova-se a cada ato.

Se o mandado de segurança é do tipo preventivo, não há que se falar em prazo decadencial de cento e vinte dias para sua impetração, porque não há um ato coator apto a marcar o termo inicial de contagem.

A competência para julgar mandado de segurança é definida pela categoria da autoridade coatora e pela sua sede funcional. E irrelevante, para fixação da competência, a matéria a ser discutida em mandado de segurança, uma vez que é em razão da autoridade coatora da qual emanou o ato dito lesivo que se determina o juízo a que deve ser submetida a ação.

Segundo o STF, todos os tribunais têm competência para julgar, originariamente, os mandados de segurança contra os seus atos, os dos respectivos presidentes e os de suas câmaras, turmas ou seções. Assim, mandado de segurança contra ato do STJ, do Presidente do STJ ou de uma Turma do STJ será julgado pelo próprio STJ; se o mandado de segurança é contra ato do TST, do seu Presidente ou de suas Turmas, a competência para o julgamento será do próprio TST, e assim sucessivamente.

No âmbito da Justiça Estadual, caberá aos próprios estados-membros cuidar da competência para a apreciação do mandado de segurança contra ato de suas autoridades, por força do art. 125 da CF.

Não cabe mandado de segurança contra lei em tese, salvo se produtora de efeitos concretos (STF, Súmula n.° 266).

Somente as leis de efeitos concretos são passíveis de mandado de segurança, pois estas eqüivalem a atos administrativos, e, por terem destinatários certos, podem violar, de imediato, direitos individuais. Para a fiscalização da constitucionalidade das "leis em tese" existe a via própria, ação direta de inconstitucionalidade - ADI, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade.

Por fim, deve-se mencionar que o mandado de segurança não pode ser impetrado como ação substitutiva de cobrança (STF, Súmula n.° 269). Significa dizer que a concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais deverão ser reclamados administrativamente, ou pela via judicial própria.

Exemplificando: imagine-se que o Poder Público esteja realizando desconto indevido na remuneração mensal do servidor Antônio desde o mês de dezembro de 2004. Antônio, porém, só ajuizou o *writ* em março de 2005. Em setembro de 2005, é prolatada a sentença, reconhecendo a ilegitimidade de tal desconto.

Nessa situação, embora a sentença tenha reconhecido a ilegalidade do ato, a ordem mandamental, em relação aos efeitos pecuniários (descontos indevidamente realizados), somente alcançará as prestações relativas ao período posterior à impetração (de março a setembro). Os descontos realizados em período anterior ao ajuizamento do *writ* (dezembro a fevereiro) não serão devolvidos por força da sentença mandamental; deverão ser reclamados na via própria, judicial ou *administrativa.*

4.45.1. Liminar

Medida liminar é uma ordem judicial proferida prontamente, mediante um juízo sumário, porém precário, ou seja, não definitivo, de plausibilidade das alegações e de risco de dano de difícil reparação, se houvesse demora na prestação jurisdicional. Os pressupostos de uma liminar, portanto, são a plausibilidade jurídica do pedido *(fumus boni júris)* e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação em decorrência da demora na prestação jurisdicional definitiva *{periculum in mora).* Presentes esses pressupostos, a medida liminar deve ser concedida, mas isso não impede, de maneira nenhuma, que a decisão judicial definitiva (decisão de mérito), ainda que prolatada pelo mesmo juiz que antes concedeu a liminar, seja contrária ao impetrante, isto é, seja pela improcedência do pedido (ou mesmo que a liminar seja revogada ou cassada ainda antes de ser julgado o mérito da causa).

A lei admite expressamente a concessão de medida liminar no mandado de segurança, prescrevendo que, ao despachar a inicial, o juiz ordenará

"que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida".[68] O despacho do magistrado que negar a liminar é irrecorrível.

A concessão da medida liminar não implica prejulgamento; apenas suspende o ato impugnado, para evitar, temporariamente, lesão irreparável a eventual direito do impetrante.

A liminar concedida poderá ser cassada, a qualquer tempo, pelo Presidente do Tribunal competente para o recurso, desde que solicitado pela entidade interessada.

É vedada a concessão de medida liminar:

a) em quaisquer ações ou procedimentos judiciais que visem a obter liberação de mercadorias, bens ou coisas de procedência estrangeira;

b) em mandados de segurança que visem à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens;

c) para pagamento de vencimentos ou vantagens pecuniárias a servidores da União, dos Estados ou dos Municípios e de suas autarquias.

No mandado de segurança coletivo, é vedada a concessão da liminar antes da audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada, que terá o prazo de setenta e duas horas para se manifestar.

4.45.2. Duplo grau

A sentença que conceder o mandado fica sujeita ao duplo grau de jurisdição (reexame necessário).

Significa que, no mandado de segurança, a sentença de primeira instância, quando concessiva da ordem, fica sujeita a reexame obrigatório pelo tribunal respectivo. Se a pessoa de direito público vencida não apelar, ou se o seu recurso não for admissível, porque intempestivo, ou por não atender a qualquer formalidade, haverá a remessa dos autos, de ofício, para o tribunal.

A obrigatoriedade de duplo grau de jurisdição, todavia, não impede que a sentença de primeiro grau seja executada provisoriamente.

Ademais, não há duplo grau de jurisdição obrigatório se a decisão foi proferida por tribunal do Poder Judiciário, no uso de competência originária.

[68] Lei n.° 1.533/1951, art. 7.°, II.

4.45.3. Mandado de segurança coletivo

O mandado de segurança coletivo constitui remédio constitucional previsto no art. 5.°, LXX, da Constituição direcionado à defesa dos direitos coletivos, contra ato, omissão ou abuso de poder por parte de autoridade.

Nos termos da Constituição, o mandado de segurança coletivo só pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

A exigência de um ano de constituição e funcionamento destina-se apenas às associações, **não** se aplicando às entidades sindicais e entidades de classe.

A legitimação das entidades acima enumeradas, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, **substituição processual.** Não se exige, portanto a autorização expressa dos titulares do direito, como ocorre no caso do inciso XXI do art. 5.° da Carta Política, que contempla caso de **representação** (e não de substituição).

Assim, se uma associação pleitear judicialmente determinado direito em favor de seus associados por outra via que não seja a do mandado de segurança coletivo, será necessária a autorização expressa, prescrita no art. 5. °, XXI, da Constituição (caso de representação). Entretanto, na hipótese de esse mesmo direito vir a ser defendido pela associação por meio do mandado de segurança coletivo, **não** haverá necessidade da autorização expressa dos associados (caso de substituição).[69]

No que concerne à legitimação das organizações sindicais, entidades de classe e associações, o objeto do mandado de segurança coletivo deverá ser um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do *writ.* Exige-se, entretanto, que o direito seja de titularidade dos associados e que exista em razão das atividades exercidas pelos associados, embora possa não ser um direito peculiar, próprio, exclusivo da classe.™

Significa afirmar, por exemplo, que a associação ou o sindicato poderia ajuizar o mandado de segurança coletivo para afastar a incidência da lei que institua determinado tributo, desde que esse tributo recaísse sobre os asso-

STF, Súmula 629: "A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes."
RE 196.184/AM, rei. Min. Ellen Gracie, 27.10.2004.

ciados ou filiados. É irrelevante o fato de o mesmo tributo atingir, também, outros contribuintes, não associados, pois **não** se exige que o direito pleiteado seja peculiar, próprio, exclusivo da classe. Entretanto, caso o referido tributo não onere os associados ou filiados, a associação ou o sindicato não terão legitimidade para ajuizar o mandado coletivo, impugnando a lei tributária.

Não se exige, também, que o direito defendido pertença a todos os filiados ou associados. Assim, o sindicato dos Delegados de Polícia Federal, que congrega servidores ativos e inativos, poderá ajuizar um mandado de segurança coletivo na defesa de interesse exclusivo dos Delegados inativos (parte da categoria, portanto).[71]

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se pela **ilegitimidade** dos partidos políticos para impetração de mandado de segurança coletivo que vise a impugnar exigência **tributária.** Para o Tribunal, por se tratar de hipótese de direito individualizável ou divisível, o partido político não pode substituir todos os cidadãos para impugnar exigência tributária, o que deve ser promovido pelos próprios contribuintes por meio das ações cabíveis.[72]

O mandado de segurança coletivo não é sucedâneo da ação popular, vale dizer, não se presta à anulação de ato de autoridade pública que não repercuta, direta e concretamente, no direito subjetivo do demandante.[73]

Segundo o STF, para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo, exige-se a comprovação de direito subjetivo, líquido e certo, não se permitindo a sua utilização para o fim de proteger direitos difusos, gerais, da coletividade. O remédio próprio para anulação de ato de autoridade pública que não envolva interesse direto, concreto, do demandante, é a ação popular.

Assim, para a impetração da segurança coletiva é imprescindível a demonstração de que o ato ilegal da autoridade prejudicou direito subjetivo, líquido e certo dos interessados.

Vale lembrar que, no mandado de segurança coletivo, a lei proíbe, expressamente, sob pena de nulidade, a concessão da liminar antes da audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada, que tem o prazo de setenta e duas horas para se manifestar.

4.46. Mandado de injunção

A vigente Constituição, no intento de assegurar a plena eficácia e aplicabilidade de seus dispositivos, instituiu um novo remédio constitucional, a

[71] STF, Súmula 630: "A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria."

[72] RE 196.184/AM, rei. Min. Ellen Gracie, 27.10.2004.

[73] STF, Súmula 101: "O mandado de segurança não substitui ação popular."

ação denominada mandado de injunção, prevista no art. 5.°, inciso LXXI, nos seguintes termos:

> LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Trata-se de um remédio constitucional colocado à disposição de qualquer pessoa que se sinta prejudicada pela falta de norma regulamentadora, sem a qual resulte inviabilizado o exercício dos direitos, liberdades e garantias constitucionais prescritas no transcrito inciso. A preocupação, portanto, é conferir efetiva aplicabilidade e eficácia ao texto constitucional, para que este não se torne "letra morta", em razão de omissão do legislador ordinário na sua regulamentação.

O atual texto constitucional reconhece, portanto, que o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante **ação** estatal quanto mediante **inércia** governamental, configurada esta quando o Estado deixa de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, incidindo na denominada "violação negativa do texto constitucional".[74]

Cabe mencionar que, embora não haja previsão expressa na Constituição Federal, há pacífica orientação do STF a respeito do cabimento do **mandado de injunção coletivo,** admitindo-se a impetração pelas entidades sindicais ou de classe, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição e que estejam inviabilizados pela ausência de regulamentação, nos mesmos termos previstos para o mandado de segurança coletivo.[75]

A competência para o julgamento do mandado de injunção é determinada em razão da pessoa *(ratione personaé)* obrigada a elaborar a norma regulamentadora, e que permanece inerte.[76]

O mandado de injunção não é gratuito e, para sua impetração, é necessária a assistência de advogado.

4.46.7. *Mandado de injunção* versus *ADI por omissão*

É patente o paralelismo existente entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade - ADI por omissão, prescrita no art. 103, § 2.°, da Carta da República.

Ml 542, rei. Min. Celso de Mello, 28.08.2001.

Ml 20/DF, rei. Min. Celso de Mello, 19.05.1994.

A Constituição Federal fixa a competência para julgamento de mandado de injunção nos seguintes dispositivos: art. 102, I, "q"; art- 102, II, "a"; art. 105, I, "h"; art. 121, § 4.°, V.

Ambas as ações visam a suprir uma omissão do legislador, diante da necessidade de regulamentação do texto constitucional, mas possuem aspectos distintos, especialmente os seguintes:

a) **Legitimação**

O mandado de injunção pode ser intentado por qualquer pessoa, física ou jurídica, que se veja impossibilitada de exercer um determinado direito constitucional por falta de norma que o regulamente. Na ADI por omissão, diversamente, a legitimação é restrita aos entes enumerados no art. 103, incisos I a IX, da Constituição.

b) **Objeto**

No mandado de injunção, busca-se solução para um caso concreto, individualmente considerado, diante de um direito subjetivo obstado pela inércia do legislador; a ação pressupõe a existência de um direito cujo exercício esteja sendo efetivamente impedido pela falta da norma regulamentadora.

Na ADI por omissão, o controle da omissão é realizado *em tese,* sem a necessidade de estar configurada uma violação concreta a um direito individual; sua propositura não se refere a um caso concreto.

c) **Julgamento**

Na ADI por omissão, a competência para o julgamento, no âmbito federal, é exclusiva do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, "a"); no mandado de injunção, além da competência originária do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102,1, "q"), há fixação de competência para julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, "h") e pelo Tribunal Superior Eleitoral (CF, art. 121, § 4.°, V).

4.46.2. Cabimento

A existência de um direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência de norma infraconstitucional regulamentadora, constitui pressuposto do mandado de injunção. Somente tem legitimidade ativa para a ação o titular do direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência da norma infraconstitucional regulamentadora.[77]

[77] MI 595/MA, rei. Min. Carlos Velloso, 17.03.1999.

São, portanto, três os pressupostos do mandado de injunção:

a) falta de norma regulamentadora de um preceito constitucional de natureza mandatória;

b) inviabilização do exercício de um direito ou liberdade constitucional, ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, decorrente (a inviabilização) dessa falta da norma regulamentadora; e

c) o transcurso de razoável prazo para a elaboração da norma regulamentadora.

Por força do primeiro requisito, tem-se que o direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir - simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional - a previsão do **dever** estatal de emanar normas legais. Ausente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado, nem pretender acesso legítimo à via injuncional.[78]

Observa-se, assim, que não é qualquer omissão do Poder Público que enseja o ajuizamento do mandado de injunção, mas apenas as omissões relacionadas a normas constitucionais de eficácia limitada de caráter mandatório, ou seja, normas constitucionais que **devem** ter a sua plena aplicabilidade assegurada, exigindo-se, para tanto, a edição de norma infraconstitucional regulamentadora (não se trata de simples faculdade conferida pela Constituição ao Poder Público).

Significa que, de acordo com a tradicional classificação das normas constitucionais quanto ao grau de eficácia e aplicabilidade elaborada pelo Prof. José Afonso da Silva, só dará ensejo à propositura do mandado de injunção:

a) a falta de norma regulamentadora de normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípios programáticos (normas programáticas propriamente ditas); e

b) a falta de norma regulamentadora de normas constitucionais definidoras de princípios institutivos ou organizativos de natureza impositiva.

As normas constitucionais definidoras de princípios institutivos ou organizativos de natureza facultativa, por outorgarem mera faculdade ao legislador, **não** autorizam o ajuizamento do mandado de injunção.

Pelo segundo requisito, percebe-se que não são todas as espécies de omissões do Poder Público que ensejam o ajuizamento do mandado de in-

[78] MI 542, rei. Min. Celso de Mello, 29.08.2001.

junção, sendo pressuposto para tanto a existência de **nexo de causalidade** entre a omissão do Poder Público e a inviabilidade do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional.

Por fim, o terceiro requisito para o acolhimento do mandado de injunção diz respeito à abusividade da inércia do órgão ou autoridade responsável pela regulamentação de determinado direito constitucional, vale dizer, somente depois de esgotado um prazo que se possa considerar razoável, sem a edição da norma concretizadora do direito, é que, então, terá cabimento o mandado de injunção. Vejam-se, a respeito, estes trechos do voto do Min. Celso de Mello no Mandado de Injunção n.° 715/DF (destaques nossos):

> Presente esse contexto, cumpre reconhecer que o mandado de injunção - considerada a sua específica destinação constitucional - busca neutralizar as conseqüências lesivas decorrentes da ausência de regulamentação normativa de preceitos inscritos na Carta Política e que, revestidos de eficácia limitada, dependem da intervenção concretizadora do legislador, para permitir o exercício efetivo de determinados direitos diretamente fundados no próprio texto constitucional.
>
> De qualquer maneira, no entanto, **não basta** que apenas exista essa necessária correlação, pois **é também inafastável** - presente determinado contexto de tempo - que se positive situação de **omissão abusiva** no adimplemento da prestação legislativa.
>
> O retardamento **abusivo** na regulamentação legislativa do texto constitucional qualifica-se, portanto, como **requisito condicionante** do ajuizamento da ação de mandado de injunção, pois, sem que se configure o estado de mora legislativa - caracterizado pela **superação excessiva de prazo razoável** -, não há como reconhecer-se ocorrente o próprio interesse de agir em sede injuncional.

A mesma orientação consta deste trecho do acórdão proferido no MI 36l/RJ, rei. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence (RTJ 158/375):

> A mora - que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa -, é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da Lei Fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar.

Consideramos conveniente observar que a terceira condição - transcurso de razoável prazo para a elaboração da norma regulamentadora - já está sobejamente atendida, no que respeita aos direitos previstos em normas constitucionais **originárias,** tendo em vista o largo espaço de tempo transcorrido desde a promulgação da Constituição Federal, em 05.10.1988. Entretanto, a referida condição continua sendo importante para o exame de admissibilidade de mandado de injunção ajuizado diante da falta de norma regulamentadora de direito acrescentado ao texto constitucional mediante emenda à Constituição, por obra do poder constituinte derivado.

4.46.3. Descabimento

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não caberá mandado de injunção:

a) seja existe norma regulamentadora do direito previsto na Constituição, ainda que defeituosa (mandado de injunção é remédio para reparar a falta de norma regulamentadora de direito previsto na Constituição; se já existe a norma regulamentadora, ainda que flagrantemente inconstitucional, não será mais cabível mandado de injunção; nesse caso, a validade da norma poderá ser discutida em outras ações, mas não mais na via do mandado de injunção);

b) diante da falta de norma regulamentadora de direito previsto em normas infraconstirucionais (mandado de injunção é remédio para reparar falta de norma regulamentadora de direito previsto na Constituição Federal, e não para os casos de falta de norma regulamentadora que esteja obstando o exercício de direito previsto em normas infraconstirucionais, tais como as leis - sejam ordinárias ou complementares -, tratados internacionais ou decretos publicados no exercício do poder regulamentar do Chefe do Executivo);

c) diante da falta de regulamentação dos efeitos de medida provisória não convertida em lei pelo Congresso Nacional (pelo mesmo motivo explicado no item anterior);

d) se a Constituição Federal outorga mera faculdade ao legislador para regulamentar direito previsto em algum de seus dispositivos (se a Constituição Federal simplesmente faculta ao legislador a outorga de um direito, sem ordená-lo, entende o STF que compete ao legislador, discricionariamente, decidir se e quando estabelecerá a regulamentação facultada).

4.46.4. Legitimação

O mandado de injunção pode ser intentado por qualquer pessoa, física ou jurídica, que se veja impossibilitada de exercer um determinado direito

constitucional por falta de norma que o regulamente. Possui legitimidade ativa no processo, portanto, o próprio titular do direito constitucional obstado por inércia do legislador.

No mandado de injunção coletivo, a legitimação pertence ao partido político com representação no Congresso Nacional e à organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

No pólo passivo do mandado de injunção, devem figurar os órgãos ou autoridades **públicas** que têm a obrigação de legislar, mas estejam omissos quanto à elaboração da norma regulamentadora.

Se a omissão for legislativa federal, o mandado de injunção deverá ser ajuizado em face do Congresso Nacional, salvo se a iniciativa da lei for privativa, hipótese em que o mandado de injunção deverá ser ajuizado em face do detentor da iniciativa privativa (Presidente da República, nas situações do art. 61, § 1.°, da Carta Política, por exemplo).

O STF firmou entendimento de que os particulares não se revestem de legitimidade passiva *ad causam* para o processo de mandado de injunção, pois somente ao Poder Público é imputável o dever constitucional de produção legislativa para dar efetividade aos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais.

Dessa forma, só podem ser sujeitos passivos no mandado de injunção **entes públicos,** não admitindo o STF a formação de litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, entre autoridades públicas e pessoas privadas.[79]

4.46.5. Eficácia da decisão

Um dos temas polêmicos do Constitucionalismo brasileiro, após a promulgação da vigente Carta Política, diz respeito à eficácia da decisão proferida em mandado de injunção.

A partir de didática síntese de lavra do Professor Alexandre de Moraes, apresentamos, a seguir, as teses jurídicas acerca dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade por omissão no mandado de injunção.

Com a promulgação da Constituição Federal, formaram-se duas grandes teses jurídicas acerca dos efeitos da decisão do Poder Judiciário que acolha o pedido no mandado de injunção: a posição **concretista** e a posição **não concretista.**

[79] MI 323-8, rei. Min. Moreira Alves, 08.04.1994.

Pela posição **concretista,** sempre que presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário deveria reconhecer a existência da omissão legislativa ou administrativa e possibilitar efetivamente a concretização do exercício do direito, até que fosse editada a regulamentação pelo órgão competente.

Essa posição concretista divide-se em duas espécies: (a) concretista **geral;** e (b) concretista **individual.**

Pela posição **concretista geral,** a decisão do Poder Judiciário deveria ter efeito geral (eficácia *erga omnes),* possibilitando, mediante um provimento judicial revestido de normatividade, a concretização do exercício do direito, alcançando todos os titulares daquele direito, até que fosse expedida a norma regulamentadora pelo órgão competente.

Pela posição **concretista individual,** a decisão do Poder Judiciário deveria produzir efeitos somente para o autor do mandado de injunção (eficácia *inter partes),* isto é, a decisão deveria possibilitar a concretização do exercício do direito constitucional apenas para o autor da ação.

Por sua vez, essa posição concretista individual divide-se em duas espécies: (a) concretista individual **direta;** e (b) concretista individual **intermediária.**

Pela **concretista individual direta,** o Poder Judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção, concretiza direta e imediatamente a eficácia da norma constitucional para o autor da ação.

Pela posição **concretista individual intermediária,** após julgar procedente o mandado de injunção, o Poder Judiciário não concretiza imediatamente a eficácia da norma constitucional para o autor da ação. Em vez disso, o Poder Judiciário dá ciência ao órgão omisso, fixando-lhe um prazo para a expedição da norma regulamentadora (fala-se no prazo de 120 dias). Ao término desse prazo, se a omissão do órgão competente para expedir a norma regulamentadora permanecer, o Poder Judiciário então fixará as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor do mandado de injunção.

Pela posição **não concretista,** deverá o Poder Judiciário, apenas, reconhecer formalmente a inércia do Poder Público e dar ciência da sua decisão ao órgão competente, para que este edite a norma faltante. Estribada no princípio da separação dos Poderes, essa corrente entende que não deverá o Poder Judiciário suprir a lacuna, nem assegurar ao impetrante o exercício do direito carente de norma regulamentadora, tampouco obrigar o Poder Legislativo a legislar. O Poder Judiciário apenas reconhecerá formalmente a inconstitucionalidade da omissão e dará ciência da sua decisão ao órgão omisso, para que este edite a norma faltante.

Essa última - não concretista - foi inicialmente a posição seguida pela jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. Na prática,

essa tímida orientação conferia pouca efetividade ao mandado de injunção: o STF apenas reconhecia a existência da omissão inconstitucional e dela dava ciência ao órgão competente, requerendo a edição da norma.[80] A adoção dessa acanhada diretriz pela Corte Suprema recebeu sérias críticas da doutrina, que propugnava por uma atuação concretizadora do direito pelo Poder Judiciário, na hipótese de reconhecimento da inconstitucionalidade omissiva do legislador.

Com a mudança em sua composição, o STF reformulou o entendimento sobre a eficácia de suas decisões em mandado de injunção, passando a adotar a **corrente concretista,** a fim de viabilizar o exercício do direito constitucional carente de regulamentação ordinária, afastando as conseqüências da inércia do legislador.

Exemplo dessa nova orientação da Corte Constitucional tivemos no julgamento do MI n.° 721/DF, rei. Min. Marco Aurélio, em 30.08.2007. Nessa ação, uma servidora pública federal pleiteou o reconhecimento do seu direito à aposentadoria especial de que trata o § 4.° do art. 40 da Constituição Federal. Esse dispositivo constitucional autoriza, nos termos a serem definidos em leis complementares, a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria no caso de servidores públicos cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Após comprovar ter trabalhado por mais de vinte e cinco anos em atividade considerada insalubre, a servidora requereu o seu direito à aposentadoria especial de que trata o § 4.° do art. 40 da Constituição, embora as referidas leis complementares regulamentadoras ainda não tenham sido elaboradas pelo legislador infraconstitucional.

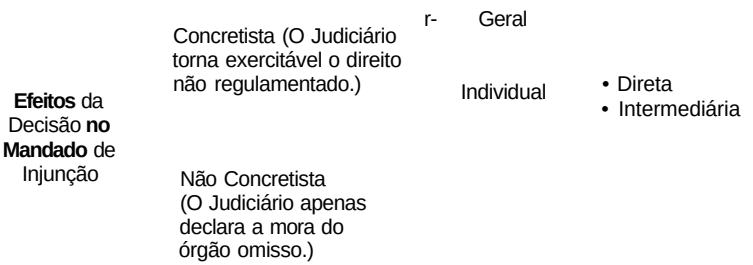
O Tribunal Supremo julgou parcialmente procedente o pedido formulado pela servidora para reconhecer o seu direito à aposentadoria especial, determinando, de forma mandamental, que, em face da inexistência das leis complementares requeridas pela Constituição Federal, seja adotada, na concessão do benefício à servidora, a regra legal aplicável ao regime geral de previdência social (Lei n.° 8.213/1991, art. 57).

Nessa ação (MI n.° 721/DF), a Corte Maior deixou assente que o mandado de injunção possui caráter mandamental, e não meramente declaratório, cabendo ao Poder Judiciário, por força do disposto no art. 5.°, LXXI, e seu § 1.°, da Constituição Federal, "não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as conseqüências da inércia do legislador".

[80] MI 107/DF, rei. Min. Moreira Alves, 23.11.1990.

A mesma posição concretista foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar mandados de injunção em que se discutia a falta de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos civis, previsto no inciso VII do art. 37 da Constituição Federal.[81] Nessas ações, o Pretório Maior declarou a omissão legislativa quanto ao dever constitucional de editar a lei específica que deve regulamentar o exercício do direito de greve dos servidores públicos e determinou a aplicação temporária ao setor público, no que couber, da lei de greve vigente no setor privado (Lei n.° 7.783/1989), até que o Congresso Nacional edite a mencionada lei regulamentadora.

Do exame das citadas decisões, podemos concluir que o Supremo Tribunal Federal, efetivamente, abandonou sua anterior posição (não concretista) e passou a adotar a **posição concretista.** Nota-se, porém, que não houve consenso entre os membros do Tribunal sobre o alcance da decisão proferida no mandado de injunção, vale dizer, se será adotada a posição concretista geral (eficácia *erga omnes)* ou a concretista individual (eficácia *inter partes).* Com efeito, na primeira controvérsia acima referida - direito à aposentadoria especial, com fundamento no § 4.° do art. 37 - foi perfilhada pelo Tribunal a posição **concretista individual direta,** possibilitando-se o efetivo exercício do direito exclusivamente para a impetrante. Já nos julgados envolvendo a regulamentação do direito de greve do servidor público civil, adotou-se a posição **concretista geral,** determinando-se a aplicação da lei de greve do setor privado a todo o setor público (e **não** apenas aos servidores representados pelas entidades impetrantes dos mandados de injunção).


Efeitos da Decisão **no Mandado** de Injunção
Concretista (O Judiciário torna exercitável o direito não regulamentado.)
r- Geral
Individual
• Direta
• Intermediária
Não Concretista (O Judiciário apenas declara a mora do órgão omisso.)

4.47. *Habeas data*

O remédio constitucional *habeas data* está previsto no inciso LXXII do art. 5.° da Constituição Federal, nestes termos:

[81] MI 670 e MI 708, rei. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 712, rei. Min. Eros Grau, 25.10.2007.

> LXXII - conceder-se-á *habeas data:*
>
> a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
>
> b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Trata-se de ação colocada à disposição do indivíduo para que ele tenha acesso, retifique ou justifique registros de sua pessoa, constantes de banco de dados de caráter público.

O *habeas data* é remédio constitucional, de natureza civil, submetido a rito sumário, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríplice aspecto: a) direito de acesso aos registros relativos à pessoa do impetrante; b) direito de retificação desses registros e c) direito de complementação dos registros.

O *habeas data* encontra-se regulado pela Lei n.° 9.507, de 12 de novembro de 1997, que, no inciso III do seu art. 7.°, acrescentou uma outra hipótese de cabimento da medida, além das constitucionalmente previstas, a saber: "para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável".

Portanto, o *habeas data* poderá ser impetrado:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação desses dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

c) para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

O direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse próprio, em sede de *habeas data*, não se reveste de caráter absoluto, cedendo passo quanto aos dados protegidos por sigilo, em prol da segurança da sociedade e do Estado.

O *habeas data* poderá ser ajuizado por qualquer pessoa física, brasileira ou estrangeira, bem como por pessoa jurídica. Saliente-se, porém, que a ação é personalíssima, vale dizer, somente poderá ser impetrada pelo titular das informações.

No pólo passivo, podem figurar entidades governamentais, da Administração Pública Direta e Indireta, bem como as instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas detentoras de banco de dados contendo informações que sejam ou possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.

É irrelevante a natureza jurídica da entidade, que poderá ser pública ou privada. O aspecto que determinará o cabimento da ação será o fato de o banco de dados ser de caráter público. Assim, por exemplo, o Serviço de Proteção ao Crédito - SPC, entidade privada, pode figurar no pólo passivo de *habeas data*, para que forneça informações constantes do seu banco de dados. Anote-se que, nesse caso, a entidade é de natureza privada, mas o seu banco de dados é de caráter público (as informações sobre os consumidores podem ser acessadas por terceiros).

O *habeas data* somente pode ser impetrado diante da negativa da autoridade administrativa de fornecimento (ou de retificação ou de anotação da contestação ou explicação) das informações solicitadas.

Portanto, para que o interessado tenha interesse de agir, para o fim de impetrar o *habeas data*, é imprescindível que tenha havido o requerimento administrativo e a negativa pela autoridade administrativa de atendê-lo.

No *habeas data*, não há necessidade de que o impetrante revele as causas do requerimento ou demonstre que as informações são imprescindíveis à defesa de eventual direito seu, pois o direito de acesso lhe é garantido, independentemente de motivação.

A impetração do *habeas data* não está sujeita a prazo prescricional ou decadencial, podendo a ação ser proposta a qualquer tempo.

A competência para o julgamento do *habeas data* foi delineada pela Constituição Federal, tendo por critério a pessoa que pratica o ato *(rationae personae).*

Tanto o procedimento administrativo quanto a ação judicial de *habeas data* são gratuitos. Estão vedadas pela Lei quaisquer cobranças de custas ou taxas judiciais dos litigantes, bem como de quaisquer valores para o atendimento do requerimento administrativo.

Ademais, não há ônus de sucumbência (honorários advocatícios) em *habeas data.* Para o ajuizamento do *habeas data,* porém, exige-se advogado.

4.48. Ação popular

A Carta da República, valorizando a participação popular no controle da gestão da coisa pública, que deve ser pautada pelos princípios constitucionais administrativos da legalidade e moralidade, dispõe que (CF, art. 5.°, LXXIII):

> LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

A ação popular não é ação destinada à defesa de interesse subjetivo individual, mas sim de natureza coletiva, visando a anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Destina-se, assim, à concretização do **princípio republicano,** que impõe ao administrador público o dever de prestar contas a respeito da gestão da coisa pública.

Enfim, é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos - ou figuras jurídicas a estes equiparadas - ilegais e lesivos ao patrimônio federal, estadual e municipal, ou das respectivas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.

A ação poderá ser utilizada de modo preventivo ou repressivo. Será preventiva quando visar a impedir a consumação de um ato lesivo ao patrimônio público, quando for ajuizada antes da prática do ato ilegal ou imoral. Será repressiva quando já há um dano causado ao patrimônio público, ou seja, quando a ação é proposta após a ocorrência da lesão.

Somente o **cidadão** pode propor ação popular.

O autor da ação popular é a pessoa humana, no gozo dos seus direitos cívicos e políticos, isto é, que seja eleitor (possível a partir dos dezesseis anos de idade, portanto). Somente a pessoa natural munida de seu título de eleitor, no gozo da chamada *capacidade eleitoral ativa,* poderá propor ação popular. Poderá ser brasileiro - nato ou naturalizado - ou o português equiparado, no gozo de seus direitos políticos (CF, art. 12, § 1.º).

Não poderá, portanto, ser ajuizada ação popular por pessoa jurídica; pelo Ministério Público; pelos inalistados (indivíduos que poderiam ter se alistado, mas não o fizeram); pelos inalistáveis (aqueles que não podem alistar-se como eleitores, a saber: os menores de dezesseis anos; os conscritos, durante o período do serviço militar obrigatório); pelos estrangeiros, ressalvada a hipótese do português equiparado a brasileiro naturalizado, nos termos do art. 12, § 1.º, da CF/88.

Na sujeição passiva de ação popular devem figurar:

a) todas as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, em nome das quais foi praticado o ato ou contrato a ser anulado;

b) todas as autoridades, os funcionários e administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado pessoalmente o ato ou firmado o contrato a ser anulado, ou que, por omissos, permitiram a lesão;

c) todos os beneficiários diretos do ato ou contrato ilegal.

O Ministério Público atuará na ação popular como parte pública autônoma, incumbindo-lhe, nesse papel, velar pela regularidade do processo e correta aplicação da lei, podendo opinar pela procedência ou improcedência da ação. Além disso, poderá atuar como substituto e sucessor do autor, na hipótese de este se omitir ou abandonar a ação, caso repute de interesse público o seu prosseguimento, até o julgamento. Ainda, caberá ao Ministério Público promover a responsabilização dos réus, se for o caso, na esfera civil ou criminal.

A Constituição Federal isenta o autor da ação popular de custas e de ônus de sucumbência (honorários advocatícios, no caso de improcedência da ação), salvo comprovada má-fé.

A gratuidade beneficia o autor da ação, e não os réus; se julgada procedente a ação popular, serão estes condenados ao ressarcimento das despesas havidas pelo autor da ação.

4.48.7. *Objeto*

O âmbito de proteção da ação popular, na vigente Constituição, é bastante amplo: abrange tanto o patrimônio material quanto o patrimônio moral, o estético, o histórico, o ambiental.

A sentença em ação popular é de natureza tipicamente civil, não comportando condenação de índole política, administrativa ou criminal. Se a ação popular for julgada improcedente, a sentença estará sujeita ao duplo grau de jurisdição (reexame necessário).

O cabimento de ação popular **não** exige a comprovação de efetivo dano material, pecuniário; ainda que não comprovada a efetiva ocorrência de dano material, a ilegalidade do ato já poderá ser reprimida na via da ação popular. Segundo entendimento do STF, "a lesividade decorre da ilegalidade; a ilegalidade do comportamento, por si só, causa o dano" (RT n.° 162/59).

Em verdade, a finalidade constitucional da ação popular vai muito além da mera anulação de atos lesivos ao patrimônio público material, de índole meramente pecuniária. Seu âmbito de proteção alcança também valores não econômicos, como a moralidade administrativa, o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural, desde que haja uma ilegalidade no agir do Poder Público.

Assim, tem sido comum a utilização da ação popular para: (a) anulação de concessão de aumento abusivo de subsídios dos vereadores pela respectiva câmara municipal; (b) anulação de venda fraudulenta de bem público; (c) anulação de contratação superfaturada de obras e serviços; (d) anulação de edital de licitação pública que apresente flagrante favoritismo a determinada empresa; (e) anulação de isenção fiscal concedida ilegalmente; (f) anulação de autorização de desmatamento em área protegida pelo patrimônio ambiental; (g) anulação de nomeação fraudulenta de servidores para cargo público etc.

Ademais, a ação popular constitui meio idôneo para a fiscalização, na via incidental, da constitucionalidade das leis.

Entretanto, é firme a jurisprudência do STF no sentido de que a ação popular não pode servir como substituto da ação direta de inconstitucionalidade - ADI, por não se prestar ao ataque de lei em tese. Isso porque, segundo a Corte, o julgamento de lei em tese, em ação popular, por juiz de primeiro grau, implicaria usurpação da competência do STF para o controle abstrato, acarretando a nulidade do respectivo processo.

Da mesma forma, mandado de segurança não substitui ação popular.

Com efeito, cada um desses remédios tem objeto próprio e específico: o mandado de segurança presta-se a invalidar atos de autoridade ofensivos de direito subjetivo, individual ou coletivo, líquido e certo; a ação popular destina-se à anulação de atos ilegítimos e lesivos ao patrimônio público; enfim, pela via do mandado de segurança, defende-se direito subjetivo próprio; por meio da ação popular, protege-se o interesse da comunidade.

Segundo orientação do STF, **não** cabe ação popular contra ato de conteúdo jurisdicional, praticado por membro do Poder Judiciário no desempenho de sua função típica (decisões judiciais).[82]

Assim, ainda que a sentença de um magistrado cause dano, por exemplo, ao meio ambiente, esse ato **não** poderá ser atacado na via da ação popular; deverá ser atacado na via recursal própria, prevista nas leis processuais, se a decisão ainda não transitou em julgado; ou, dentro do prazo, mediante ação rescisória, se a decisão já transitou em julgado.

Por fim, cabe destacar que a sentença que julga **improcedente** a ação popular está sujeita ao duplo grau de jurisdição, vale dizer, a decisão do magistrado que declara a improcedência da ação popular será necessariamente reexaminada pelo tribunal competente. Trata-se, como se vê, de um reforço garantidor do controle dos atos alegadamente lesivos à coisa pública. Com

Ação originária 672/DF, rei. Min. Celso de Mello, 09.02.2000.

efeito, não basta o magistrado de primeiro grau afirmar que o ato não foi lesivo; é obrigatório que um tribunal reexamine a questão e confirme que, realmente, não cabe a anulação do ato impugnado.

4.48.2. Competência

A competência para processar e julgar a ação popular é definida pela origem do ato a ser anulado:

a) se o ato impugnado foi praticado, aprovado ou ratificado por autoridade, funcionário ou administrador de órgão da União e de suas entidades, ou entidades por ela subvencionadas, a competência será do juiz federal da seção judiciária em que se consumou o ato;

b) se o ato impugnado foi produzido por órgão, repartição, serviço ou entidade de estado-membro, ou entidade por ele subvencionada, a competência será do juiz estadual que a organização judiciária do estado indicar;

c) se o ato impugnado foi produzido por órgão, repartição, serviço ou entidade de município, ou entidade por ele subvencionada, a competência será do juiz estadual da comarca a que o município interessado pertencer, de acordo com a organização judiciária do respectivo estado;

d) se a ação interessar simultaneamente à União e a qualquer outra pessoa ou entidade, será competente o juiz das causas da União (Justiça Federal).

Ademais, o juízo da ação popular é universal, impondo-se a reunião de todas as ações conexas, com fundamentos jurídicos iguais ou assemelhados. Assim, a propositura da ação popular prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos.

Segundo orientação do STF, o foro especial por prerrogativa de função **não** alcança as ações populares ajuizadas contra as autoridades detentoras dessa prerrogativa. Significa dizer que os tribunais do Poder Judiciário (STF, STJ, TJ etc.) não têm competência originária para o julgamento de ação popular, ainda quando proposta contra atos de autoridades que dispõem de foro por prerrogativa de função perante tais tribunais (Presidente da República, congressistas, governador de estado, prefeito etc).

Cabe ao STF, porém, o julgamento de ação popular na qual, pela sua natureza peculiar, a decisão puder criar um conflito entre um estado-membro e a União, por força do comando previsto no art. 102, *l, f,* da Carta da República.

5. DIREITOS SOCIAIS

5.1. Noções

Estabelece o art. 6.° da Constituição Federal:

> Art. 6.° São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Os direitos sociais constituem as liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por objetivo a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social.

Nos dizeres de José Afonso da Silva,

> são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Os direitos sociais, direitos fundamentais de segunda geração, encontram-se catalogados nos arts. 6.° a 11 da Constituição Federal, e estão disciplinados ao longo do texto constitucional (a saúde é regulada no art. 200, a previdência social é tratada no art. 201 etc).

Dentre os direitos sociais expressamente indicados no art. 6.° da Constituição Federal encontra-se o direito à moradia, incluído neste rol pela Emenda Constitucional 26/2000. Em que pese essa proteção constitucional outorgada ao direito à moradia, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o **bem de família,** instituído na forma da lei civil, de uma pessoa que assume a condição de fiador em contrato de aluguel **pode ser penhorado,** em caso de inadimplência do locatário.[83]

Não há unanimidade doutrinária quanto a serem os direitos sociais cláusulas pétreas, visto que o legislador constituinte, no art. 60, § 4.° - dispositivo no qual estão enumeradas as limitações materiais expressas ao poder de reforma constitucional - referiu-se, tão-somente, a "direitos e garantias **individuais"** (inciso IV). O Plenário do Supremo Tribunal Federal ainda não apreciou essa questão. De todo modo, nos parece que, pelo menos os direitos e garantias que, embora denominados sociais pela Constituição, sejam direitos ou garantias de índole individual, que possam ser referidos a indivíduos determinados e

83 RE 407.688, rei. Min. Cezar Peluso, 08.02.2006.

por eles invocados, como o são muitos dos arrolados nos incisos do art. 7.° da Carta Política, deveriam ser considerados cláusulas pétreas, sem maiores controvérsias. A polêmica maior, a ser futuramente decidida pelo STF, a nosso ver, deveria restringir-se àqueles direitos que não são referíveis a indivíduos determinados, ou que não possam ser traduzidos em prestações específicas passíveis de serem exigidas por uma dada pessoa, como o direito ao lazer, o direito ao trabalho, o direito de greve etc.

Conforme dito acima, a Constituição de 1988 versa sobre os direitos por ela classificados como sociais ao longo de seu texto, não só no Capítulo II de seu Título II. Basta observar, por exemplo, que todo o seu Título VIII trata "Da Ordem Social". Não obstante esse fato, o constituinte de 1988 enquadrou expressamente como "direitos e garantias fundamentais" os direitos sociais arrolados nos seus arts. 6.° a 11, exatamente os dispositivos que integram o Capítulo II do Título II.

Podemos, com base na classificação proposta pelo Prof. André Ramos Tavares, identificar as seguintes categorias, dentre o rol de direitos e garantias constante do Capítulo II do Título II da Carta Política:

1) direitos sociais genéricos (art. 6.°);

2) direitos sociais individuais do trabalhador, pessoa física, que são direitos de proteção, pertinentes ao denominado "direito individual do trabalho", abrangendo:
   a) direitos de proteção, relacionados à extinção da relação de emprego (art. 7.°, I, II, III, XXI, e art. 10 do ADCT);
   b) direitos relacionados à remuneração (art. 7.°, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XVI e XXIII);
   c) direitos relacionados à duração do trabalho (art. 7.°, XIII, XIV, XV, XVI e XVII);
   d) direitos relacionados à não-discriminação e à proteção, nas relações de trabalho, da mulher e do menor (art. 7.°, XVIII, XIX, XX, XXV, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII, e art. 10 do ADCT);
   e) direitos relacionados à segurança e medicina do trabalho (art. 7.°, XXII e XXVIII);

3) direitos sociais coletivos do trabalhador, que são aqueles pertinentes ao denominado "direito coletivo do trabalho", abrangendo:
   a) liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8.°, II, V, VII);
   b) garantia de autonomia dos sindicatos (art. 8.°, I, IV, VIII);
   c) direito a defesa dos interesses dos trabalhadores em negociações coletivas e órgãos públicos (art. 8.°, III, VI, art. 10 e art. 11);
   d) direito de greve (art. 9.°).

Deve-se anotar que os direitos sociais relacionados às relações de trabalho constantes do art. 7.° da Constituição aplicam-se aos trabalhadores urbanos e aos rurais (art. 7.°, *caput),* bem como aos avulsos (art. 7.°, XXXIV). Já para os domésticos, foram assegurados apenas alguns desses direitos, conforme explicita o parágrafo único do art. 7.°. Os servidores públicos estão sujeitos a regime jurídico próprio, estatutário, no qual não há um contrato de trabalho. Não obstante a substancial diferença de regime jurídico, aplicam-se aos servidores públicos alguns dos direitos enumerados no art. 7.°, consoante determina o art. 39, § 3.°, da Constituição.

Por fim, os direitos sociais coletivos tratados no art. 8.° da Constituição "aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer" (CF, art. 8.°, parágrafo único).

5.2. Enumeração constitucional dos direitos sociais individuais dos trabalhadores (art. 7.°)

A enumeração constitucional dos direitos sociais dos trabalhadores não é exaustiva; outros poderão ser reconhecidos por meio de normas subconstitucionais, visando à melhoria da condição social dos brasileiros (CF, art. 7.°, *caput).*

Do capítulo constitucional dos direitos fundamentais sociais, entendemos oportuno transcrever a íntegra do art. 7.°, dispositivo que, conforme referido anteriormente, enumera alguns dos mais importantes direitos sociais individuais dos trabalhadores. A leitura direta do artigo permite a obtenção de uma visão geral que consideramos útil, neste passo. Logo em seguida, reforçaremos aqueles preceitos que pensamos serem de maior relevância, ou que entendamos merecerem algum comentário adicional. É esta a redação, literal, do art. 7.° da Constituição vigente:

> Art. 7.° São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;
>
> II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
>
> III - fundo de garantia do tempo de serviço;
>
> IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;
VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;
XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; (Redação dada pela EC n.° 20/1998.)
XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
XIV -jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;
XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal;
XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;
XXIV - aposentadoria;
XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;
XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;
XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;
XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;
XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;
XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.
Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.

A Constituição equiparou os direitos do trabalhador rural aos direitos do trabalhador urbano (CF, art. 7.°, *caput).*

Lei complementar deverá prever a indenização compensatória para o trabalhador que vier a ser dispensado sem justa causa ou arbitrariamente. Enquanto não for publicada a lei complementar, a indenização está restrita ao pagamento da indenização de 40% sobre os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS realizados em favor do empregado (CF, art. 7.°, inciso I, conjugado com o art. 10, inciso I, do ADCT).

Até que seja publicada a lei complementar a que se refere o art. 7.°, inciso I, da Constituição fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa (ADCT, art. 10):

a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

O seguro-desemprego só é devido no desemprego involuntário. Se o empregado voluntariamente pede dispensa, não há que se falar em direito ao seguro-desemprego (CF, art. 7.°, II). O seguro-desemprego é um benefício de natureza previdenciária, custeado com parte da arrecadação da Contribuição para o PIS/PASEP, nos termos do art. 239 da Carta da República.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS é devido ao empregado rural e urbano, e não é direito dos servidores públicos estatutários. Não é uma garantia constitucional outorgada aos domésticos (CF, art. 7.°, parágrafo único), embora a lei faculte ao empregador do doméstico a inscrição de seu empregado no FGTS, caso em que passará a estar obrigado a efetuar mensalmente os respectivos depósitos em favor deste.

A jornada normal máxima de trabalho permitida é de oito horas por dia e quarenta e quatro semanais. Poderá ser prestado mais trabalho, mas será em jornada extraordinária, o que implica o pagamento do adicional de hora-extra, de no mínimo 50%, ou compensação. Essa jornada constitucional poderá ser reduzida, mediante negociação coletiva (CF, art. 7.°, XIII).

Se o trabalho é prestado em turnos ininterruptos de revezamento, caracterizado pela realização, de forma alternada, de atividades nos períodos diurno e noturno, com freqüência diária, semanal, quinzenal ou mensal, a jornada será de seis horas diárias; mas essa jornada poderá ser alterada (para mais ou para menos), mediante negociação coletiva (CF, art. 7.°, XIV). Nos termos da Súmula 423 do Tribunal Superior do Trabalho, no caso de ser a jornada **aumentada,** até o máximo de oito horas, mediante negociação coletiva, o empregado **não** fará jus ao pagamento da 7.ª e 8.ª horas com o adicional de serviço extraordinário (de, no mínimo, 50%). Segundo o STF, os intervalos fixados para descanso e alimentação durante a jornada de seis horas não descaracterizam o sistema de turnos ininterruptos de revezamento para o efeito de incidência do art. 7.°, XIV, da Constituição (Súmula 675).

A prescrição quanto a créditos resultantes das relações de trabalho é a mesma para os trabalhadores urbanos e rurais: cinco anos durante o contrato de trabalho, até o limite de dois anos após a extinção do contrato (CF, art. 7.°, XXIX).

Assim, durante o vínculo de emprego, se o empregado ajuizar uma reclamação trabalhista contra seu empregador, poderá requerer os créditos trabalhistas relativos aos últimos cinco anos do contrato de trabalho. Quando é extinto o contrato de trabalho, ele também poderá pleitear na Justiça do Trabalho os direitos dos últimos cinco anos, mas só poderá ingressar com a reclamação trabalhista até dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

A partir da cessação do contrato de trabalho, o prazo começa a correr contra o empregado: cada dia em que permanece inerte, ele perde um dia de direito (se ele ingressar com a ação no último dia dos dois anos, só poderá pleitear direitos relativos aos últimos três anos do contrato de trabalho).

Os trabalhadores domésticos têm direito ao salário mínimo; à irredutibilidade do salário; ao décimo terceiro salário; ao repouso semanal remunerado; às férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço mais do que o salário normal; à licença à gestante de cento e vinte dias, sem prejuízo do emprego e do salário; ao aviso prévio; à aposentadoria e a integração à previdência social (CF, art. 7.°, parágrafo único).

A Constituição estabeleceu a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (CF, art. 7.°, XXXIV).

5.3. Direitos sociais coletivos dos trabalhadores (arts. 8.° a l i)

É livre a criação de sindicatos, mas eles deverão ser registrados no órgão competente,[84] cabendo aos trabalhadores ou empregadores interessados estabelecer a base territorial respectiva (CF, art. 8.°, II).

Essa liberdade, porém, não é absoluta, pois a base territorial não poderá ser inferior à área de um município e na mesma base territorial é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa da mesma categoria profissional (trabalhadores) ou econômica (empregadores). Em caso de conflito, resolve-se pela aplicação do **princípio da anterioridade,** isto é, a representação da categoria caberá à entidade que primeiro realizou o seu registro no órgão competente.

A assembléia geral fixará a contribuição para custeio do sistema confederativo, que não terá natureza de tributo (tributo só pode ser criado por lei) e só é devida pelos filiados ao sindicato. Porém, além dessa contribuição, existe outra, fixada em lei, de natureza tributária e devida por todo trabalhador, filiado ou não filiado ao sindicato (CF, art. 8.°, IV, conjugado com o art. 149). Temos, assim, duas contribuições previstas no inciso IV do art. 8.° da Constituição: a contribuição confederativa, fixada pela assembléia geral e devida somente pelos filiados, e a contribuição sindical, instituída por lei e devida por todos os trabalhadores, filiados ou não à entidade sindical.

Ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato (CF, art. 8.°, V).

Atualmente, o órgão competente para o registro dos sindicados é o Ministério do Trabalho e Emprego.

É obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho, não podendo ser realizada nenhuma negociação coletiva sem a presença do sindicato dos **trabalhadores** (CF, art. 8.°, VI).

É vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei (CF, art. 8.°, VIII).

É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. O direito de greve dos trabalhadores é norma auto-aplicável, já devidamente regulamentada por lei (CF, art. 9.°).[85]

O direito de greve, porém, não é absoluto: as necessidades inadiáveis da comunidade deverão ser atendidas e aqueles que abusarem desse direito durante o movimento paredista sujeitar-se-ão às penas da lei (CF, art. 9.°, §§ 1.° e 2.°).

É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (CF, art. 10).

Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores (CF, art. 11).

5.4. Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social

É sabido que os direitos sociais vinculam o legislador infraconstitucional, exigindo deste um comportamento positivo para a concretização do desiderato constitucional, traduzido na regulamentação dos serviços e políticas públicas. Exigem, também, que, ao regulamentar tais direitos, o legislador o faça respeitando o denominado "núcleo essencial", isto é, sem impor condições desarrazoadas ou que tornem impraticável o direito previsto pelo constituinte, sob pena de inconstitucionalidade. Seria flagrantemente inconstitucional, por exemplo, uma lei ordinária que, editada para regulamentar o direito de greve, tornasse impraticável o exercício desse direito social.

Questão polêmica no constitucionalismo moderno diz respeito ao chamado *princípio da proibição de retrocesso social,* que, embora ainda não esteja expressamente previsto no nosso atual texto constitucional, tem encontrado crescente acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado democrático de Direito (e social), consagrado pela nossa ordem constitucional.

[85] Lei n.° 7.783, de 28.06.1989.

Esse princípio da vedação de retrocesso (também conhecido pela expressão francesa *effet clique!)* visa a impedir que o legislador venha a desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente quando se cuida de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, acabam por depender dessas normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade. Significa que, uma vez regulamentado determinado dispositivo constitucional, de índole social, o legislador não poderia, ulteriormente, retroceder no tocante à matéria, revogando ou prejudicando o direito já reconhecido ou concretizado.

Com base no princípio da proibição de retrocesso, especialmente em matéria de direitos fundamentais sociais, o que se pretende é evitar que o legislador venha a revogar (no todo ou em parte essencial) um ou mais diplomas infraconstitucionais que já concretizaram, normativamente, um direito social constitucionalmente consagrado. Nessas situações, de retrocesso no tocante à disciplina de determinado direito social (por exemplo, revogação pura e simples de uma lei que houvesse regulamentado um direito social constitucional, implementando-o normativamente), defendem os ideólogos do postulado da vedação de retrocesso que o procedimento poderia ser impugnado perante o Poder Judiciário, invocando-se a sua inconstitucionalidade.

O renomado constitucionalista J. J. Gomes Canotilho refere-se ao princípio da proibição de retrocesso social nos termos seguintes:

> O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa "anulação", "revogação" ou "aniquilação" pura e simples desse núcleo essencial.

Por fim, é relevante observar que os autores que propõem a necessidade de observância do princípio da vedação de retrocesso social enfatizam estar também a ele adstrito o legislador constituinte derivado (na elaboração de emendas à Constituição), e não apenas o legislador infraconstitucional (na elaboração das leis). Dessa forma, afrontaria o postulado da proibição de retrocesso, por exemplo, uma emenda à atual Constituição que pretendesse simplesmente suprimir algum dos direitos sociais do rol constante do seu art. 6.°.

5.5. Concretização dos direitos sociais e a "reserva do financeiramente possível"

Os direitos sociais, por exigirem disponibilidade financeira do Estado para sua efetiva concretização, estão sujeitos à denominada cláusula de "reserva do financeiramente possível", ou, simplesmente, "reserva do possível".

Essa cláusula, ou princípio implícito, tem como conseqüência o reconhecimento de que os direitos sociais assegurados na Constituição devem, sim, ser efetivados pelo Poder Público, mas na medida exata em que isso é possível. É importante entender que esse princípio não significa um "salvo conduto" para o Estado deixar de cumprir suas obrigações sob uma alegação genérica de que "não existem recursos suficientes". A não-efetivação, ou efetivação apenas parcial, de direitos constitucionalmente assegurados somente se justifica se, em cada caso, for possível demonstrar a **impossibilidade** financeira (ou econômica) de sua concretização pelo Estado.

Um exemplo sobremodo ilustrativo temos na previsão constitucional relativa ao salário mínimo. Diz o inciso IV do art. 7." da Carta Política que o salário mínimo deve ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Supondo que se chegasse à conclusão de que, para cumprir o desiderato constitucional, seria necessário dobrar o valor do salário mínimo, poderia ser efetivamente exigida do Poder Público a adoção dessa medida?

A resposta é negativa, exatamente pela incidência da cláusula de "reserva do possível". Ora, se o Poder Público simplesmente editasse lei dobrando o valor do salário mínimo, isso certamente desorganizaria toda a economia nacional, sendo possível demonstrar, objetivamente, que isso inviabilizaria as contas da previdência social, que acarretaria um quadro agudo de informalidade no mercado de trabalho (trabalhadores sem "carteira assinada"), que profligaria as contas dos municípios e estados pelo gasto com o funcionalismo, que todo esse desequilíbrio implicaria descontrole inflacionário etc.

Assim, embora seja evidente que o valor atual do salário mínimo não cumpre a determinação constitucional plasmada no inciso IV do art. 7.°, não se pode exigir um reajuste integral e imediato de seu valor, porque essa providência esbarra na cláusula de "reserva do possível".

Sabe-se, ademais, que no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, em homenagem ao postulado da separação de Poderes, não se encontra a de formular e implementar políticas públicas, atribuição típica dos Poderes Legislativo e Executivo.

Não obstante, o STF tem reiterado em seus julgados que o caráter programático das normas sociais inscritas no texto da Carta Política não autoriza o Poder Público a invocar de forma irresponsável a "reserva do possível", fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade. Assim, a cláusula da "reserva do possível" não pode ser invocada levianamente pelo Estado com o intuito de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, salvo quando possa ser objetivamente demonstrado que ine-

xiste disponibilidade financeira do Estado para tomar efetivas as prestações positivas dele reclamadas, ou que falta razoabilidade à pretensão individual/ social deduzida em face do Poder Público.

Em plena consonância com essa orientação, o STF determinou que o Município de Porto Alegre arcasse com o pagamento de exame médico em paciente menor de idade, destituído de recursos financeiros, vítima de artrite reumatóide juvenil e imunodeficiência primária.[86] Nas palavras do Ministro Celso de Mello, "o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República", e o poder público deve "garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar".

Nessa mesma linha, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a um paciente portador do vírus HIV/AIDS o direito à distribuição gratuita de medicamentos, firmando entendimento de que tal medida - distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes - é dever constitucional do Poder Público, a fim de dar "efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5.°, *caput,* e 196)".[87]

Todos esses aspectos concernentes à concretização dos direitos sociais - eficácia do conteúdo programático dos direitos sociais, reserva do financeiramente possível, omissão dos Poderes Públicos e implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário - têm sido reiteramente enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal, diante de controvérsias a ele submetidas. Com efeito, ao examinar a omissão do Poder Público no tocante à obrigação constitucional de implementação de direitos sociais - tais como o direito à distribuição gratuita de medicamentos a pacientes com AIDS (RE 271.286/RS, rei. Min. Celso de Mello, 12.09.2000); o direito à educação infantil (ADPF 45, rei. Min. Celso de Mello, 29.04.2004); o direito à vida e à saúde (RE 393.175/RS, rei. Min. Celso de Mello, 01.02.2006) -, a jurisprudência do STF tem assentado importantes entendimentos, por nós resumidos nos parágrafos seguintes (a partir de transcrições de trechos dos julgados acima indicados, todos de lavra do Ministro Celso de Mello):

Modalidades de inconstitucionalidade

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por

[86] AI 457.544, rei. Min. Celso de Mello, 02.03.2004.

[87] REAgR 273.834-4, rei. Min. Celso de Mello, 31.10.2000.

ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, uma vez que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

Alcance da natureza programática das normas constitucionais

O caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Uso da argüição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF na busca de implementação de políticas públicas

A argüição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Concretização dos direitos sociais e a cláusula de "reserva do possível"

Não se pode deixar de conferir significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível", notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Formulação e implementação excepcional de políticas públicas pelo Poder Judiciário

E certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. E que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causai de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

6. NACIONALIDADE

6.1. Noções

Nacionalidade é o vínculo jurídico-político de direito público interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão do Estado.

Cada Estado é livre para dizer quais são os seus nacionais. Serão nacionais de um Estado, portando, aqueles que o seu Direito definir como tais; os demais serão estrangeiros: todos aqueles que não são tidos por nacionais em um determinado Estado são, perante ele, estrangeiros.

Nação é o agrupamento humano cujos membros, fixados num território, são ligados por laços históricos, culturais, econômicos e lingüísticos; o fato de possuírem as mesmas tradições e costumes, bem como a consciência coletiva dão os contornos ao conceito de nação.

Povo é o conjunto de pessoas que fazem parte de um Estado, é o elemento humano do Estado, ligado a este pelo vínculo da nacionalidade.

População é conceito meramente demográfico, mais amplo que o conceito de povo, utilizado para designar o conjunto de residentes de um território, quer sejam nacionais, quer sejam estrangeiros.

Nacionais são todos aqueles que o Direito de um Estado define como tais; são todos aqueles que se encontram presos ao Estado por um vínculo jurídico que os qualifica como seus integrantes.

Cidadão é conceito restrito, para designar os nacionais (natos ou naturalizados) no gozo dos direitos políticos e participantes da vida do Estado.

Estrangeiros são todos aqueles que não são tidos por nacionais, em relação a um determinado Estado, isto é, as pessoas a que o Direito do Estado não atribuiu a qualidade de nacionais.

Polipátrida é aquele que possui mais de uma nacionalidade, em razão de o seu nascimento o enquadrar em distintas regras de aquisição de nacionalidade. Dois ou mais Estados reconhecem uma determinada pessoa como seu nacional, dando origem à multinacionalidade. Essa situação ocorre, por exemplo, com os filhos oriundos de Estado que adota o critério *ius sanguinis* (nacionalidade determinada pela ascendência), quando nascem em um Estado que acolhe o critério *ius solis* (nacionalidade determinada pelo local do nascimento).

Situação de polipátrida ocorre com os filhos de italianos nascidos no Brasil. Como o Brasil adota o critério do *ius solis,* os filhos de italianos aqui nascidos, desde que seus pais não estejam a serviço da Itália, adquirirão, de pronto, necessária e automaticamente, a nacionalidade brasileira. Como a Itália adota o critério *ius sanguinis,* os filhos de italianos, nascidos onde quer que seja, são, para aquele país, italianos. Logo, os filhos de italianos nascidos no Brasil adquirem, por força da legislação italiana, dupla nacionalidade.

Apátrida ("sem pátria" ou *heimatlos)* é aquele que, dada a circunstância de seu nascimento, não adquire nacionalidade, por não se enquadrar em nenhum critério estatal que lhe atribua nacionalidade.

É o que ocorre, em princípio, com um filho de brasileiro nascido na Itália, se seus pais não estiverem a serviço do Brasil. Não será ele italiano, porque a Itália adota o critério *ius sanguinis*, segundo o qual somente será italiano o descendente de italiano. Por outro lado, não será brasileiro, porque, como o Brasil adota o critério *ius solis*, ninguém será considerado automaticamente brasileiro pelo simples fato de ter pais brasileiros, se nascido em outro Estado.

6.2. Espécies de nacionalidade

A nacionalidade pode ser primária (de origem ou originária) ou secundária (adquirida).

A **nacionalidade primária** resulta de fato natural (nascimento), a partir do qual, de acordo com os critérios adotados pelo Estado (sangüíneos ou territoriais), será estabelecida. Cuida-se de aquisição involuntária de nacionalidade, decorrente do simples nascimento ligado a um critério estabelecido pelo Estado.

A **nacionalidade secundária** é a que se adquire por ato volitivo, depois do nascimento (em regra, pela naturalização). Cuida-se de aquisição voluntária de nacionalidade, resultante da manifestação de um ato de vontade.

6.3. Critérios de atribuição de nacionalidade

São dois os critérios para a atribuição da nacionalidade primária, ambos partindo do nascimento da pessoa: o de origem sangüínea - *ius sanguinis* - e o de origem territorial - *ius solis.*

O critério *ius sanguinis* funda-se no vínculo do sangue, segundo o qual será nacional todo aquele que for filho de nacionais, independentemente do local de nascimento.

O critério *ius solis* atribui a nacionalidade a quem nasce no território do Estado que o adota, independentemente da nacionalidade dos ascendentes.

A Constituição Federal de 1988 adotou, como regra, o critério *ius solis*, admitindo, porém, ligeiras atenuações. Portanto, no Brasil, não só o critério *ius solis* determina a nacionalidade; existem situações de preponderância do critério *ius sanguinis.*

6.4. Brasileiros natos (aquisição originária)

São brasileiros natos:

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

Nessa hipótese, adotou a Constituição o critério *ius solis* (origem territorial), considerando nato aquele nascido no território brasileiro, independentemente da nacionalidade dos ascendentes.

A Constituição, porém, estabelece uma exceção ao critério *ius solis*, excluindo da nacionalidade brasileira os filhos de pais estrangeiros que estejam a serviço de seu país.

São dois, portanto, os requisitos para o afastamento do critério *ius solis:* (i) ambos os pais estrangeiros; (ii) pelo menos um deles estar a serviço de seu país de origem (se aqui estiverem a passeio, ou a serviço de empresa privada, ou de outro país que não o seu de origem, o filho aqui nascido será brasileiro nato).

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

Nessa hipótese, o legislador constituinte adotou o critério *ius sanguinis*, combinado com um requisito adicional, qual seja, a necessidade de que o pai ou a mãe brasileiros (ou ambos, evidentemente), natos ou naturalizados, estejam a serviço da República Federativa do Brasil (critério funcional).

São dois, portanto, os requisitos: (i) ser filho de pai brasileiro ou mãe brasileira; (ii) o pai ou a mãe (ou ambos) devem estar a serviço da República Federativa do Brasil, abrangendo qualquer serviço público prestado pelos órgãos e entidades da Administração Direta ou Indireta da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios.

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira.[88]

Essa hipótese de aquisição originária da nacionalidade brasileira, constante do art. 12, inciso I, alínea "c", sofreu duas modificações em seu regramento constitucional inicial, estabelecido pela Assembléia Nacional Constituinte, em 1988.

Com efeito, o texto originário da Constituição, promulgado em 05.10.1988, em seu art. 12, 1, "c", considerava brasileiros natos "os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente, ou venham a residir na República Federativa do Brasil antes da maioridade e, alcançada esta, optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira".

[88] Redação dada pela EC n.° 54, de 20.09.2007.

Posteriormente, a Emenda Constitucional de Revisão n.° 3, de 1994, suprimiu a possibilidade de aquisição da nacionalidade brasileira pelo registro em repartição brasileira competente, passando a dispor que são brasileiros natos "os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira".

Finalmente, a Emenda Constitucional n.° 54, de 2007, voltou a permitir a aquisição da nacionalidade brasileira pelo registro em repartição brasileira competente, considerando brasileiros natos "os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira" (art. 12, I, "c").[89]

Essa hipótese aplica-se àquele que tenha nascido no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, quando estes - pai brasileiro e mãe brasileira - **não** estejam a serviço do Brasil (caso estivessem, o filho seria, de pronto, brasileiro nato, por enquadramento na hipótese precedente).

Percebe-se que há duas possibilidades distintas de aquisição de nacionalidade com base nesse art. 12, I, "c", da Constituição, em sua redação atual (assim como havia pela redação originária): (a) registro em repartição brasileira; e (b) vir o nascido no estrangeiro residir no Brasil e optar, quando atingida a maioridade.

A segunda possibilidade é hipótese de nacionalidade originária **potestativa,** uma vez que, manifestada a opção, **não** se pode recusar o reconhecimento da nacionalidade ao interessado. É ato que depende exclusivamente da vontade do interessado.

Anote-se que ambas as possibilidades são fundadas no critério *ius sanguinis,* exigindo-se, porém, alternativamente:

a) o registro em repartição brasileira competente; ou

b) a residência no território brasileiro e, uma vez adquirida a maioridade, expressa opção pela nacionalidade brasileira.

Na primeira situação - registro em repartição brasileira competente -, o mero registro já assegura, por si só, a nacionalidade brasileira.

A fim de possibilitar a regularização dos nascidos no estrangeiro entre 7 de junho de 1994 e a data da promulgação da Emenda Constitucional n.° 54/2007 (periodo em que o texto constitucional não assegurava a estes a aquisição da nacionalidade brasileira mediante registro em repartição brasileira competente), o legislador constituinte derivado acrescentou o art. 95 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, permitindo que eles sejam registrados em repartição diplomática ou consular brasileira competente ou em ofício de registro, se vierem a residir na República Federativa do Brasil.

Na segunda possibilidade, são dois os requisitos para a aquisição da nacionalidade brasileira: (a) vir o nascido no estrangeiro a residir no Brasil, a qualquer tempo; (b) depois de atingida a maioridade, efetuar a opção, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira.

A respeito dessa segunda possibilidade de aquisição da nacionalidade - aquisição potestativa (que já existia no texto originário de 1988 e não foi suprimida pela ECR n.° 3/1994) -, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que, embora seja potestativa, sua forma **não** é livre: a opção há de ser feita em juízo, em processo de jurisdição voluntária, que finda com a sentença que homologa a opção e lhe determina a transcrição, uma vez acertados os requisitos objetivos e subjetivos dela.

Desse modo, enquanto pendente o reconhecimento judicial da opção pela nacionalidade brasileira, **não se pode considerar o optante brasileiro nato,** cuidando-se, portanto, de condição suspensiva, sem prejuízo - como é próprio das condições suspensivas -, de gerar efeitos *ex tunc*, uma vez realizada.[90]

Por fim, deve-se frisar que o texto constitucional só permite a manifestação pela opção da nacionalidade brasileira depois de alcançada a maioridade. E que a opção, por decorrer da vontade, tem caráter personalíssimo. Exige-se, então, que o optante tenha capacidade plena para manifestar a sua vontade, capacidade que se adquire com a maioridade. Logo, conforme já deixou assente o Supremo Tribunal Federal, no caso de o nascido no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, vir a residir no Brasil, **ainda menor,** passa, desde logo, a ser considerado brasileiro nato, mas estará sujeita essa nacionalidade à ulterior manifestação da vontade do interessado, mediante a opção, depois de atingida a maioridade. **Atingida a maioridade,** enquanto não manifestada a opção, esta passa a constituir-se em condição suspensiva da nacionalidade brasileira.[91]

Dessarte, o menor, nascido no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, que venha residir no Brasil ainda menor, será, durante a menoridade, considerado brasileiro nato, sem restrições, porque ele, enquanto for menor, não tem como efetuar a opção. Assim que ele atingir a maioridade, passa a estar suspensa a sua condição de brasileiro nato, ou seja, a partir da data em que atingiu a maioridade, enquanto ele não manifestar a sua vontade, não será considerado brasileiro nato.

6.5. Brasileiros naturalizados (aquisição secundária)

A Constituição Federal prevê a aquisição da nacionalidade secundária por meio da naturalização, sempre mediante manifestação de vontade do interessado.

[90] QO AC 70/RS, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 25.09.2003.
[91] RE 418.096/RS, rei. Min. Carlos Velloso, 22.03.2005.

Em regra, não há direito subjetivo à obtenção da naturalização: a plena satisfação das condições e dos requisitos **não** assegura ao estrangeiro o direito à nacionalização, visto que a concessão da nacionalidade brasileira é ato de soberania nacional, discricionário do Chefe do Poder Executivo.

A naturalização poderá ser tácita ou expressa.

A **naturalização tácita** é aquela adquirida independentemente de manifestação expressa do naturalizando, por força das regras jurídicas de nacionalização adotadas por determinado Estado.

A **naturalização expressa** depende de requerimento do interessado, demonstrando sua intenção de adquirir nova nacionalidade.

A Constituição Federal só contempla hipóteses de naturalização **expressa,** sempre dependente de manifestação de vontade expressa do interessado.

São brasileiros naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral **(naturalização ordinária);**

Nessa hipótese (naturalização ordinária), é concedida a naturalização aos estrangeiros, residentes no país, que cumpram os requisitos previstos na lei brasileira de naturalização (capacidade civil de acordo com a lei brasileira; visto permanente no país; saber ler e escrever em português; exercício de profissão etc).

No caso dos estrangeiros originários de países de língua portuguesa (Portugal, Angola, Moçambique, Guiné Bissau, Açores, Cabo Verde, Príncipe, Goa, Macau e Timor Leste), somente são exigidos dois requisitos: (i) residência no Brasil por um ano ininterrupto; (ii) idoneidade moral.

Nessa hipótese de naturalização, a satisfação dos requisitos não assegura ao estrangeiro a nacionalidade brasileira; a concessão é ato discricionário do Chefe do Poder Executivo.

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira **(naturalização extraordinária).**

São três os requisitos para aquisição da naturalização extraordinária: (i) residência ininterrupta no Brasil há mais de quinze anos; (ii) ausência de condenação penal; (iii) requerimento do interessado.

Nessa espécie de naturalização, ao contrário da ordinária, **não** há discricionariedade para o Chefe do Poder Executivo, tendo o interessado direito subjetivo

à nacionalidade brasileira, desde que preenchidos os pressupostos. Cumpridos os quinze anos de residência no Brasil sem condenação penal, efetivado o requerimento, o Chefe do Poder Executivo **não** pode negar a naturalização.

6.6. Portugueses residentes no Brasil

A Constituição Federal confere tratamento favorecido aos portugueses residentes no Brasil, ao dispor que "aos portugueses com residência permanente no país, se houver reciprocidade em favor dos brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição" (CF, art. 12, § 1.º).

Nessa hipótese, **não** se trata de concessão aos portugueses da nacionalidade brasileira (se assim o desejarem, deverão instaurar o processo de naturalização ordinária, valendo-se da condição de estrangeiro originário de país de língua portuguesa). Os portugueses residentes no Brasil continuam portugueses e os brasileiros que vivem em Portugal continuam com a nacionalidade brasileira. O que acontece é que, uns e outros, recebem direitos que, no geral, somente poderiam ser concedidos aos nacionais de cada país.

São dois os pressupostos para que os portugueses possam gozar dos direitos de brasileiro naturalizado: (i) que tenham residência permanente no Brasil; (ii) que haja reciprocidade, ou seja, que o ordenamento jurídico português outorgue ao brasileiro com residência permanente em Portugal o mesmo direito.

Satisfeitos esses dois pressupostos, o português não precisa naturalizar-se brasileiro para auferir os direitos correspondentes à condição de brasileiro naturalizado.

Se um português tiver residência permanente no Brasil, e Portugal reconhecer ao brasileiro com residência permanente em Portugal determinado direito não reconhecido a estrangeiro, o português poderá reivindicar igual tratamento aqui, salvo se privativo de brasileiro nato.

E relevante notar que a Constituição Federal concede aos portugueses aqui residentes a condição de brasileiro **naturalizado, não** de brasileiro nato.

6.7. Tratamento diferenciado entre brasileiro nato e naturalizado

A Constituição de 1988 **não** permite que a lei estabeleça distinção entre brasileiro nato e naturalizado. Os únicos casos de tratamento diferenciado admitidos são aqueles expressamente constantes do próprio texto constitucional, a saber:

a) cargos: são privativos de brasileiro nato os cargos de Presidente da República e Vice-Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados,

Presidente do Senado Federal, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carreira Diplomática, Oficial das Forças Armadas e de Ministro de Estado de Defesa (CF, art. 12, § 3.°);

b) **função no Conselho da República:** no Conselho da República, órgão superior de consulta do Presidente da República, foram constitucionalmente reservadas seis vagas a cidadãos brasileiros natos (CF, art. 89, VII);

c) **extradição:** o brasileiro nato não pode ser extraditado, o que pode ocorrer com o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei (CF, art. 5.°, LI);

d) **direito de propriedade:** o brasileiro naturalizado há menos de dez anos não pode ser proprietário de empresa jornalística e de radiofusão sonora de sons e imagens, tampouco ser sócio com mais de 30% (trinta por cento) do capital total e do capital votante e participar da gestão dessas empresas (CF, art. 222).

6.8. Perda da nacionalidade

A perda da nacionalidade só poderá ocorrer nas hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal, não podendo o legislador ordinário ampliar tais hipóteses, sob pena de manifesta inconstitucionalidade.

Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que (CF, art. 12, § 4.°):

a) tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

b) adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira ou de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis.

6.9. Dupla nacionalidade

Em regra, o brasileiro que adquire outra nacionalidade perde a condição de nacional brasileiro. Porém, a Constituição Federal admite, em duas situações, a dupla nacionalidade:

a) **reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira:** não perderá a nacionalidade o brasileiro que tiver reconhecida outra nacionalidade por Estado estrangeiro, originariamente, em virtude de adoção do critério *ius sanguinis;*

É o caso da Itália, que reconhece aos descendentes de seus nacionais a cidadania italiana. Os brasileiros descendentes de italianos que adquirirem aquela nacionalidade não perderão a nacionalidade brasileira, uma vez que se trata de mero reconhecimento de nacionalidade originária italiana, em virtude de vínculo sangüíneo (terão eles dupla nacionalidade).

b) **imposição da lei estrangeira:** imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis.

Nessa hipótese, o brasileiro não perde a nacionalidade brasileira porque a aquisição da segunda nacionalidade não se deu em razão de ato volitivo, de manifestação de vontade sua, mas sim de imposição do Estado estrangeiro. O brasileiro não possuía a intenção de abdicar da nacionalidade brasileira, mas, por força da norma estrangeira, vê-se praticamente obrigado a adquirir a nacionalidade estrangeira, por motivos de trabalho, acesso aos serviços públicos etc.

7. DIREITOS POLÍTICOS

7.1. Noções

Na breve definição do professor José Afonso da Silva,

> os direitos políticos positivos consistem no conjunto de normas que asseguram o direito subjetivo de participação no processo político e nos órgãos governamentais. Eles garantem a participação do povo no poder de dominação política por meio das diversas modalidades de direito de sufrágio: direito de voto nas eleições, direito de elegibilidade (direito de ser votado), direito de voto nos plebiscitos e referendos, assim como por outros direitos de participação popular, como o direito de iniciativa popular, o direito de propor ação popular e o direito de organizar e participar de partidos políticos.

Nos termos expressos da Constituição Federal, a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular (CF, art. 14).

São esses, portanto, os direitos políticos expressamente consignados na Carta da República de 1988:

a) direito ao sufrágio;

b) direito ao voto nas eleições, plebiscitos e referendos;

c) direito à iniciativa popular de lei.

Conforme se viu no conceito acima transcrito, o professor José Afonso da Silva inclui, ao lado desses direitos, os direitos políticos à propositura da ação popular e à organização e participação de partidos políticos.

7.2. Direito ao sufrágio

O direito ao sufrágio é materializado pela capacidade de votar e de ser votado, representando, pois, a essência dos direitos políticos. O direito ao sufrágio deve ser visto sob dois aspectos: capacidade eleitoral ativa e capacidade eleitoral passiva.

A capacidade eleitoral **ativa** representa o direito de votar, o direito de alistar-se como eleitor (alistabilidade).

A capacidade eleitoral **passiva** consiste no direito de ser votado, de eleger-se para um cargo político (elegibilidade).

O direito ao sufrágio poderá ser: universal ou restrito.

O sufrágio é **universal** quando assegurado o direito de votar a todos os nacionais, independentemente da exigência de quaisquer requisitos, tais como condições culturais ou econômicas etc.

O sufrágio será **restrito** quando o direito de votar for concedido tão-somente àqueles que cumprirem determinadas condições fixadas pelas leis do Estado. O sufrágio restrito, por sua vez, poderá ser censitário ou capacitário.

O sufrágio **censitário** é aquele que somente outorga o direito de voto àqueles que preencherem certas qualificações econômicas. Seria o caso, por exemplo, de não se permitir o direito de voto àqueles que auferissem renda mensal inferior a um salário mínimo.

O sufrágio **capacitário** é aquele que só outorga o direito de voto aos indivíduos dotados de certas características especiais, notadamente de natureza intelectual. Seria o caso, por exemplo, de se exigir para o direito ao voto a apresentação de diploma de conclusão do curso fundamental, ou médio ou superior.

A vigente Constituição de 1988 consagra o sufrágio **universal,** não exigindo para o exercício do direito de voto a satisfação de nenhuma condição econômica, profissional, intelectual etc.

7.3. Capacidade eleitoral ativa

A capacidade eleitoral ativa é a que garante ao nacional o direito de votar nas eleições, nos plebiscitos ou nos referendos.

No Brasil, a aquisição dessa capacidade dá-se com o alistamento realizado perante os órgãos competentes da Justiça Eleitoral, a pedido do interessado

(não há inscrição de ofício no Brasil). É, pois, com o alistamento eleitoral que o nacional adquire a capacidade eleitoral ativa (capacidade de votar).

Ademais, a obtenção da qualidade de eleitor, comprovada por meio da obtenção do título de eleitor, dá ao nacional a condição de **cidadão,** tornando-o apto ao exercício de direitos políticos, tais como votar, propor ação popular, dar início ao processo legislativo das leis (iniciativa popular) etc.

Entretanto, a obtenção do título de eleitor não permite ao cidadão o exercício de **todos** os direitos políticos. O gozo integral de tais direitos depende do preenchimento de outras condições que só gradativamente se incorporam ao cidadão. É o que acontece, por exemplo, com o direito de ser votado (capacidade eleitoral passiva), que não é adquirido com o mero alistamento eleitoral.

Assim, ao alistar-se, o cidadão passa a atender apenas uma das condições para a aquisição da capacidade eleitoral passiva (elegibilidade). O simples alistamento não lhe garante, necessariamente, a capacidade eleitoral passiva (de ser votado), pois, conforme veremos adiante, para ser elegível o cidadão dependerá do preenchimento de outras condições.

Enfim, **todo elegível é obrigatoriamente eleitor;** porém, **nem todo eleitor é elegível.** Em outras palavras: todo aquele que possui a capacidade eleitoral passiva (elegibilidade) possui, também, a capacidade eleitoral ativa (alistabilidade). Porém, nem todo aquele que dispõe da capacidade eleitoral ativa é detentor da capacidade eleitoral passiva. Por exemplo, o analfabeto e o menor entre dezesseis e dezoito anos possuem a capacidade eleitoral ativa (alistabilidade); porém, não dispõem da capacidade eleitoral passiva (elegibilidade).

O alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de dezoito anos e facultativos para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

A Constituição brasileira não permite o alistamento dos estrangeiros e, durante o serviço militar, dos conscritos.

O Professor Alexandre de Moraes sintetiza as características do voto conforme garantido na vigente Constituição:

a) direito político subjetivo (que não pode ser abolido, sequer por emenda à Constituição, por força do art. 60, § 4.°, II, da CF);

b) personalidade (só pode ser exercido pessoalmente, não há possibilidade de se outorgar procuração para votar);

c) obrigatoriedade formal do comparecimento (ressalvados os maiores de setenta anos e os menores de dezoito anos, é obrigatório o comparecimento às eleições, sob pena do pagamento de multa);

d) liberdade (comparecendo às eleições, o cidadão é livre para a escolha do candidato, ou, se desejar, para anular o seu voto ou votar em branco);

e) sigilosidade (o voto não deve ser revelado nem por seu autor, tampouco por terceiro fraudulentamente);

f) direto (os eleitores elegerão, no exercício do direito de sufrágio, por meio do voto, por si, sem intermediários, seus representantes e governantes);

g) periodicidade (a Constituição, ao consagrar o voto como cláusula pétrea, no seu art. 60, § 4.°, II, garante a periodicidade de sua manifestação, assegurando, com isso, a temporalidade dos mandatos no nosso Estado);

h) igualdade (o voto de cada cidadão tem o mesmo valor no processo eleitoral, independentemente de sexo, cor, credo, idade, posição intelectual, social ou econômica - "um homem, um voto").

Cabe destacar que, no nosso Estado democrático de Direito, ainda existe uma hipótese de eleição indireta para governante. Cuida-se do disposto no art. 81, § 2.°, da Constituição Federal, segundo o qual, se houver vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República nos dois últimos anos do mandato, haverá eleição para ambos os cargos, pelo **Congresso Nacional,** em trinta dias depois da última vaga, na forma da lei.

7.4. Plebiscito e referendo

A Constituição Federal prevê que uma das formas de exercício da soberania popular será a realização de consultas à população, por meio de plebiscito e referendo (CF, art. 14), que deverão ser autorizados pelo Congresso Nacional (CF, art. 49, XV).

Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.

O plebiscito é convocado com **anterioridade** a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.

O referendo é convocado com **posterioridade** a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.

A distinção entre os institutos é feita levando-se em conta o momento da manifestação dos cidadãos: se a consulta à população é **prévia,** temos o plebiscito; se a consulta à população sobre determinada matéria é **posterior** à edição de um ato governamental, temos o referendo.

7.5. Capacidade eleitoral passiva

Assim como a capacidade eleitoral ativa diz respeito ao direito de votar (alistabilidade), a capacidade eleitoral passiva diz respeito ao direito de ser votado, de ser eleito (elegibilidade).

Conforme vimos anteriormente, no Brasil a elegibilidade não coincide com a alistabilidade (não basta ser eleitor para ser elegível; nem todo eleitor é elegível).

É verdade que a condição de eleitor é indispensável para ser alcançada a condição de elegível (todo elegível é eleitor; não há elegível que não seja, também, eleitor). Porém, não basta ser eleitor para ser elegível, porquanto é exigido o cumprimento de outros requisitos para a elegibilidade.

Assim, para que alguém possa concorrer a um mandato eletivo nos Poderes Executivo ou Legislativo (ser elegível), é necessário o cumprimento de alguns requisitos gerais, denominados **condições de elegibilidade,** e a não-incidência em nenhuma das **inelegibilidades,** que consistem em impedimentos à capacidade eleitoral passiva.

As condições de elegibilidade são as seguintes:

a) nacionalidade brasileira ou condição de equiparado a português, sendo que para Presidente e Vice-Presidente da República exige-se a condição de brasileiro nato (CF, art. 12, § 3.°);

b) pleno exercício dos direitos políticos (aquele que teve suspensos ou perdeu seus direitos políticos não dispõe de capacidade eleitoral passiva);

c) alistamento eleitoral (comprovado pela apresentação do título de eleitor, regularmente inscrito perante a Justiça Eleitoral);

d) domicílio eleitoral na circunscrição (o eleitor deverá ser domiciliado no local pelo qual se candidata, pelo período mínimo exigido pela legislação eleitoral subconstitucional);

e) idade mínima, que deverá ser verificada tendo por referência a data da posse[92] (e não a data do alistamento ou do registro), sendo as seguintes: trinta e cinco anos, para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República e senador da República; trinta anos, para os cargos de Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; vinte e um anos, para os cargos de deputado federal, deputado estadual ou distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; dezoito anos, para vereador;

f) filiação partidária (não se admite, no Brasil, a denominada candidatura **autônoma** ou avulsa, sem filiação a partido político).

[92] Lei n.° 9.504/1997, art. 11, § 2.°.

Em relação aos partidos políticos, dispõe a Constituição que é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: (a) caráter nacional; (b) proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; (c) prestação de contas à Justiça Eleitoral; (d) funcionamento parlamentar de acordo com a lei (CF, art. 17).

É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.[93]

Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral (CF, art. 17, § 2.°).

Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei (CF, art. 17, § 3.°).

É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar (CF, art. 17, § 4.°).

Por fim, além do cumprimento das condições de elegibilidade, para que o cidadão possa ser eleito é indispensável que ele não se enquadre em nenhuma das hipóteses de inelegibilidade, a seguir comentadas.

7.6. Inelegibilidades

A inelegibilidade consiste na ausência de capacidade eleitoral passiva, incidindo como impedimento à candidatura a mandato eletivo nos Poderes Executivo e Legislativo.

A própria Constituição Federal estabelece certas hipóteses de inelegibilidade (CF, art. 14, §§ 4.° ao 7.°). Porém, essas hipóteses de inelegibilidade constitucionalmente previstas **não** são exaustivas *{numerus clausus)*, porque a Constituição expressamente permite que **lei complementar** venha a estabelecer outras hipóteses de inelegibilidade (CF, art. 14, § 9.°).

A doutrina distingue as hipóteses de inelegibilidade em absoluta e relativa.

[93] CF, art. 17, § 1.°, com a redação dada pela EC n.° 52/2006.

7.6.1. Inelegibilidade absoluta

A inelegibilidade **absoluta** impede que o cidadão concorra em qualquer eleição, a qualquer mandado eletivo.

São os seguintes os casos de inelegibilidade absoluta:

1) os analfabetos, que, embora possam alistar-se e votar (capacidade eleitoral ativa), não dispõem de capacidade eleitoral passiva (não poderão ser eleitos);

2) os não-alistáveis, uma vez que a elegibilidade tem por pressuposto a alistabilidade, isto é, para ser elegível é imprescindível ser, antes, alistável; logo, os estrangeiros e os conscritos, durante o período do serviço militar obrigatório, são não-alistáveis e, como tais, inelegíveis.

As hipóteses de inelegibilidade **absoluta,** em virtude de sua natureza excepcionalíssima, somente podem ser expressamente estabelecidas na Constituição Federal, sendo inconstitucionais quaisquer leis tendentes a ampliar esse rol.

7.6.2. Inelegibilidade relativa

A inelegibilidade relativa, ao contrário da inelegibilidade absoluta, não está relacionada com a condição pessoal daquele que pretende candidatar-se.

A inelegibilidade relativa consiste em restrições impostas à elegibilidade para alguns cargos eletivos, em razão de situações especiais em que se encontra o cidadão-candidato no momento da eleição.

A inelegibilidade relativa poderá decorrer: (1) de motivos funcionais; (2) de motivos de casamento, parentesco ou afinidade; (3) da condição de militar; (4) de previsões em lei complementar.

7.6.2.1. Motivos funcionais

Dispõe a Constituição Federal que "o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subseqüente" (CF, art. 14, § 5.°).

Percebe-se, assim, que o legislador constituinte, ao passar a permitir a reeleição para **um único período subseqüente,** está vedando a reeleição para um terceiro mandato sucessivo.

Impende destacar que a Constituição Federal não proíbe que uma mesma pessoa venha a exercer a chefia do Executivo por mais de duas vezes (três, quatro, cinco vezes); o que se veda é a eleição **sucessiva** ao terceiro mandato para o mesmo cargo. Logo, uma pessoa pode vir a exercer um terceiro mandato eletivo para o mesmo cargo, desde que **não seja sucessivo.** Assim, após o exercício de dois mandatos sucessivos de Presidente da República, Governador de Estado ou do Distrito Federal ou de Prefeito, há obrigatoriedade de um intervalo de um período para que se possa candidatar **ao mesmo cargo.**

Cabe destacar, também, que a Constituição Federal não exige a denominada **desincompatibilização** do Chefe do Poder Executivo que pretenda candidatar-se à reeleição, isto é, não se exige que o Chefe do Executivo renuncie, ou que se afaste temporariamente do cargo, para que possa candidatar-se à reeleição.

Logicamente, nada obsta que o Chefe do Executivo solicite ao Poder Legislativo uma licença para poder concorrer à reeleição, ou mesmo que ele renuncie com esse objetivo; não há inelegibilidade nessas situações. Enfim, a Constituição não exige a desincompatibilização para a candidatura à reeleição; porém, nada impede que o Chefe do Executivo opte por "desincompatibilizar-se".

Ainda a respeito dessa hipótese - possibilidade de reeleição do Chefe do Executivo para um único período subseqüente -, destacamos os seguintes pontos:

a) o Vice-Presidente da República, os Vice-Governadores e os Vice-Prefeitos poderão, também, ser reeleitos para os mesmos cargos, por um único período subseqüente;

b) o Vice-Presidente da República, os Vice-Governadores e os Vice-Prefeitos, reeleitos ou não, poderão candidatar-se ao cargo do titular, mesmo tendo substituído este no curso do mandato;

c) não pode o Chefe do Executivo, que esteja exercendo o segundo mandato eletivo (por reeleição), renunciar antes do término desse com o intuito de pleitear nova recondução para o período subseqüente (reeleição para um terceiro mandato subseqüente);

Nessa situação, a renúncia, evidentemente, será plenamente válida. Porém, não terá o condão de afastar a inelegibilidade para um terceiro mandato subseqüente, sob pena de completa fraude ao disposto no art. 14, § 5.°, da Constituição Federal.

d) não pode aquele que foi titular de dois mandatos sucessivos na chefia do Executivo vir a candidatar-se, no período subseqüente (terceiro período), ao cargo de vice-chefia do Executivo;

Essa vedação decorre do próprio texto constitucional, que estabelece que o Vice-Presidente substituirá o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe-á, no caso de vaga (CF, art. 79). Essa mesma regra é aplicável às esferas estadual, distrital e municipal, no tocante ao respectivo Chefe do Executivo local. Observe-se que, se fosse possível àquele que já exerceu duas chefias sucessivas do Executivo candidatar-se ao cargo de vice na terceira eleição subseqüente, estaria aberta uma via para, indiretamente, a mesma pessoa lograr o exercício de três mandatos sucessivos (bastaria, por exemplo, o titular renunciar, com a conseqüente assunção da titularidade pelo vice), implicando fraude ao disposto no art. 14, § 5.°, da Constituição Federal.

e) não poderá aquele que foi titular de dois mandatos sucessivos na chefia do Executivo candidatar-se, durante o período imediatamente subseqüente, à eleição prevista no art. 81 da Constituição Federal, que determina que, vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente, far-se-á nova eleição direta, noventa dias após a abertura da última vaga, ou eleição indireta pelo Congresso Nacional, trinta dias depois de aberta a última vaga, se a vacância ocorrer nos últimos dois anos do mandato presidencial;

O motivo dessa vedação é o mesmo, qual seja, a vedação constitucional de exercício de mais de dois mandatos eletivos sucessivos na chefia do Executivo (CF, art. 14, § 5.°).

f) na hipótese de ocorrer a vacância **definitiva** do cargo de Presidente da República, Governador ou Prefeito, o vice assumirá **efetiva** e **definitivamente** o exercício da chefia do Executivo, e somente poderá candidatar-se a um único período subseqüente.

Na hipótese de o vice exercer efetiva e definitivamente a chefia do Executivo, em função de vacância definitiva, esse mandato (decorrente da substituição) deverá ser considerado como o primeiro, para fins de reeleição, permitindo-se somente a candidatura a um único período subseqüente, sob pena de infringir a vedação do art. 14, § 5.°, da Lei Maior.

Diversa é a candidatura do Chefe do Executivo **para outros cargos,** cuja regra está fixada no art. 14, § 6.°, da Carta Federal, nos seguintes termos:

> § 6.° Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

São, pois, inelegíveis para concorrerem **a outros cargos,** o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefei-

tos que **não** renunciarem aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito. Essa inelegibilidade aplica-se a qualquer outro cargo eletivo, inclusive a suplente de senador.

O Vice-Presidente da República, o Vice-Governador e o Vice-Prefeito poderão candidatar-se a outros cargos, preservando os seus mandatos respectivos, desde que, nos seis meses anteriores ao pleito, não tenham sucedido ou substituído o titular.

Da mesma forma, o STF admitiu a elegibilidade de ex-prefeito do município-mãe que, renunciando seis meses antes do pleito eleitoral, candidatou-se a prefeito do município desmembrado.[94]

7.6.2.2. Motivos de casamento, parentesco ou afinidade

Dispõe a Constituição Federal que (art. 14, § 7.°):

> § 7.° São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo seja titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Essa hipótese é denominada **inelegibilidade reflexa,** porque incide sobre terceiros.

Observa-se que a inelegibilidade reflexa alcança, tão-somente, o território de jurisdição do titular. Assim, temos:

a) o cônjuge, parentes e afins até segundo grau do Prefeito não poderão candidatar-se a vereador ou Prefeito do mesmo Município;

b) o cônjuge, parentes e afins até segundo grau do Governador não poderão candidatar-se a qualquer cargo no Estado (vereador, deputado estadual, deputado federal e senador pelo próprio Estado e Governador do mesmo Estado);

c) o cônjuge, parentes e afins até segundo grau do Presidente da República não poderão candidatar-se a qualquer cargo eletivo no País.

Cabe ressaltar que se aplicam as mesmas regras àqueles que tenham substituído os Chefes do Executivo dentro dos seis meses anteriores ao pleito eleitoral.

[94] RTJ 112/791.

Essa inelegibilidade não se aplica à viúva do Chefe do Executivo, visto que, com a morte, dissolve-se a sociedade conjugai, não mais se podendo considerar cônjuge a viúva.[95]

Porém, a inelegibilidade reflexa alcança a pessoa que vive maritalmente com o Chefe do Poder Executivo, ou mesmo com seu irmão (afim de segundo grau), pois a Constituição Federal estende o conceito de entidade familiar (CF, art. 226, § 3.°).

Essa inelegibilidade alcança, ainda, o casamento religioso, uma vez que esse tem relevância na esfera da ordem jurídica, justificando a incidência da inelegibilidade reflexa.[96]

Na hipótese de criação de município por desmembramento, o parente do prefeito do município-mãe não poderá candidatar-se a Chefe do Executivo do município recém-criado.[97]

Porém, por disposição expressa da Constituição Federal, a inelegibilidade reflexa **não** é aplicável na hipótese de o cônjuge, parente ou afim já possuir mandato eletivo, caso em que poderá candidatar-se à **reeleição,** ou seja, candidatar-se ao mesmo cargo, mesmo que dentro da circunscrição de atuação do Chefe do Executivo. É o caso, por exemplo, de parente ou afim de Governador de Estado, que poderá disputar a reeleição ao cargo de deputado ou de senador por esse Estado, **se já for titular desse mandato nessa mesma jurisdição.**

Porém, conforme leciona Alexandre de Moraes, caso o parente ou afim seja titular do mandato de deputado ou senador por outro Estado e pretenda, após transferir seu domicílio eleitoral, disputar novamente as eleições à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal pelo Estado onde seu cônjuge, parente ou afim até segundo grau seja Governador de Estado, incidirá a inelegibilidade reflexa (CF, art. 14, § 7.°), uma vez que **não** se tratará juridicamente de reeleição, mas de uma nova e primeira eleição para o Congresso Nacional por uma nova circunscrição eleitoral.

Faz-se oportuno examinar outra relevante hipótese de afastamento da aplicação da inelegibilidade reflexa, em decorrência de interpretação do Tribunal Superior Eleitoral - TSE, referendada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, conforme a seguir exposto.

Segundo o Tribunal Superior Eleitoral, se o Chefe do Executivo renunciar seis meses antes da eleição, seu cônjuge, parentes ou afins até segundo grau poderão candidatar-se a todos os cargos eletivos da circuns-

[95] TSE, Rec 10.245.

[96] RE 106.043/BA, rei. Min. Djaci Falcão, 09.03.1988.

[97] RE 158.314-2, rei. Min. Celso de Mello, 15.12.1992.

crição, **desde que ele pudesse concorrer à sua própria reeleição (isto é, no final do primeiro mandato).**

Anote-se que, nessa hipótese - renúncia do Chefe do Executivo até seis meses antes da eleição, na hipótese de ele ter direito à reeleição -, restou totalmente afastada a inelegibilidade reflexa. Assim, por exemplo, irmão do Governador de Estado poderá candidatar-se a deputado federal, senador da República, deputado estadual, Prefeito ou vereador, desde que haja renúncia do Governador ao seu primeiro mandato (pois, só nessa hipótese ele teria direito à reeleição) nos seis meses anteriores ao pleito eleitoral.

Ademais, segundo a orientação do Tribunal Superior Eleitoral, o cônjuge, os parentes e afins são elegíveis até mesmo para o mesmo cargo do titular (Chefe do Executivo), **quando este tiver direito à reeleição e houver renunciado até seis meses antes do pleito eleitoral.**

Essa tese foi referendada pelo STF, para o qual os parentes podem concorrer nas eleições, desde que o titular do cargo tenha o direito à reeleição e não concorra na disputa. Subsistindo, em tese, a possibilidade de reeleição do próprio titular de mandato eletivo para o período subseqüente, é também legítima a candidatura de seus parentes para cargos eletivos, desde que haja renúncia do titular nos seis meses anteriores ao pleito.[98]

O raciocínio seguido é que, se ao titular do cargo é permitido um mandato a mais, não se poderia vetar a possibilidade de os parentes concorrerem. Essa interpretação buscou a harmonia do § 7.° do art. 14 com o novo sistema jurídico imposto pela EC n.° 16/1997, que passou a permitir a reeleição do chefe do Executivo.

Assim, por exemplo, a esposa do Chefe do Executivo Estadual poderá candidatar-se ao cargo de Governador do mesmo Estado quando o seu marido tiver direito à reeleição (quando estiver cumprindo o primeiro mandato), desde que haja renúncia deste até seis meses antes do pleito. Essa situação ocorreu concretamente, nas eleições para Governador do Estado do Rio de Janeiro em 2002. O então Governador ("Garotinho"), que tinha direito à reeleição, afastou-se do cargo nos seis meses anteriores ao pleito eleitoral, para assegurar a legitimidade da candidatura, para o período subseqüente, de sua esposa, que veio a ser eleita Governadora do Estado ("Rosinha").

7.6.2.3. Condição de militar

O militar é alistável, podendo ser eleito (CF, art. 14, § 8.°). Porém, é vedado ao militar, enquanto estiver em serviço ativo, estar filiado a partido político (CF, art. 142, § 3.°, V).

[98] RE 344.882/BA, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 07.04.2003.

Assim, em face da vedação à filiação partidária do militar, o Tribunal Superior Eleitoral firmou entendimento de que, nessa situação, suprirá a ausência da prévia filiação partidária o registro da candidatura apresentada pelo partido político e autorizada pelo candidato.

Atendida essa formalidade, o militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

a) se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

b) se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

7.6.2.4. Previsões em lei complementar

A Constituição Federal deixa expresso que as hipóteses de inelegibilidade relativa previstas no texto constitucional **não** são exaustivas, podendo ser criadas outras, desde que por meio de **lei complementar nacional,** editada pelo Congresso Nacional.

É o que dispõe o art. 14, § 9.°, *verbis:*

> § 9.° Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Para que sejam estabelecidas novas hipóteses de inelegibilidade relativa, portanto, é exigida a edição, pelo Congresso Nacional, de **lei complementar** (emenda à Constituição Federal também poderia fazê-lo); caso se pretenda estabelecer outras hipóteses de inelegibilidade relativa por qualquer outro meio (lei ordinária federal, leis estaduais, distritais ou municipais, Constituições estaduais, ou leis orgânicas de municípios ou do Distrito Federal), haverá flagrante inconstitucionalidade.

7.7. Privação dos direitos políticos

O cidadão pode, em situações excepcionais, ser privado, definitivamente ou temporariamente, dos direitos políticos, o que importará, como efeito imediato, na perda da cidadania política.

A privação definitiva denomina-se **perda** dos direitos políticos.

A privação temporária dertomina-se **suspensão** dos direitos políticos.

A Constituição Federal não permite, em nenhuma hipótese, a **cassação** dos direitos políticos. A vedação expressa à **cassação** de direitos políticos tem por fim evitar a supressão arbitrária, normalmente motivada por perseguições ideológicas, dos direitos políticos, prática presente em outros momentos, antidemocráticos, da vida política brasileira.

Essa matéria está disciplinada no art. 15 da Lei Maior, que dispõe:

> Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
>
> I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
>
> II - incapacidade civil absoluta;
>
> III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;
>
> IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5.°, VIII;
>
> V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4.°.

A Constituição Federal não indica, entre os incisos do art. 15, quais são os casos de perda e quais os de suspensão. Para o Professor Alexandre de Moraes, temos o seguinte:

a) são hipóteses de **perda** dos direitos políticos os casos previstos nos incisos I e IV do art. 15 da CF (cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5.°, VIII);[99]

b) são hipóteses de **suspensão** dos direitos políticos os casos previstos nos incisos II, III e V do art. 15 da CF (incapacidade civil absoluta; condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4.°).

Ocorrendo uma das hipóteses previstas na Constituição Federal, ensejadoras da perda ou da suspensão dos direitos políticos, o fato deverá ser

[99] Ressaltamos, porém, que a Lei n.° 8.239, de 04.10.1991, ao regulamentar a prestação alternativa ao serviço militar obrigatório, determina que a recusa ou cumprimento incompleto do serviço alternativo implicará hipótese de suspensão dos direitos políticos (e não perda, como entende a doutrina).

comunicado ao juiz eleitoral competente, que adotará as medidas cabíveis para que o respectivo nome não conste da folha de votação no pleito eleitoral.

O nacional que tiver seus direitos políticos afastados, por perda ou suspensão, poderá, assim que cessados os motivos que ensejaram tal privação, pleitear perante a Justiça Eleitoral a regularização de sua situação política.

7.8. Princípio da anterioridade eleitoral

Nos termos do art. 16 da Constituição, com a redação dada pela EC n.° 4/1993, "a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano da data de sua vigência", norma conhecida como "princípio da anterioridade eleitoral", ou "princípio da anualidade" em matéria eleitoral.

Com base nesse dispositivo constitucional, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 2.° da Emenda Constitucional n.° 52, de 08.03.2006, no tocante à determinação de aplicação da regra introduzida por essa emenda (fim da verticalização nas coligações partidárias) às eleições de 2006.[10o] Entendeu o Tribunal que a aplicação imediata dessa nova regra, introduzida pela EC n." 52/2006, afrontaria o princípio da anterioridade da lei eleitoral, estabelecido no art. 16 da Carta Política.

É interessante notar que o texto constitucional, no citado art. 16, apenas impediria, literalmente, que uma lei pretendesse alterar, com menos de um ano de antecedência das eleições, o processo eleitoral a elas aplicável. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, não se ateve à literalidade do dispositivo constitucional, e entendeu que nem mesmo uma emenda à Constituição pode afastar a incidência do princípio da anterioridade eleitoral, ainda que fosse para excluir uma única eleição da obrigatoriedade de sua observância (na espécie, as eleições de 2006).

Por força desse entendimento do Supremo Tribunal Federal, a inovação trazida pela Emenda Constitucional n.° 52/2006 (afastamento da obrigatoriedade de adoção da verticalização nas coligações partidárias, estabelecida no art. 17, § 1.°, da Constituição Federal) só pode produzir efeitos depois de um ano da sua promulgação, não se aplicando às eleições de 2006.

A chamada verticalização (afastada pela EC n.° 52/2006, para futuras eleições) exigia a vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, isto é, as coligações realizadas pelos partidos políticos no âmbito nacional (para as eleições nacionais) deveriam ser

[100] ADI 3.685, rei. Min. Ellen Gracie, 22.03.2006.

obrigatoriamente observadas pelos mesmos partidos políticos nas eleições estaduais, distritais e municipais. Essa regra de verticalização, repita-se, deixou de ser aplicável para os pleitos posteriores às eleições de 2006, por força da nova redação do § 1.° do art. 17 da Carta Política, abaixo transcrito:

> § 1 ° E assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

Capítulo 4

ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

1. INTRODUÇÃO

Estabelece a Constituição Federal que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos do texto constitucional (art. 18).

Esse dispositivo constitucional indica a opção do legislador constituinte pela **forma federativa de Estado** para a repartição territorial de poderes. Aponta, também, a adoção da **forma republicana de governo,** para a regulação dos meios de aquisição e exercício do poder pelos governantes. Apresenta, ainda, a **enumeração dos entes federativos** que compõem a federação brasileira - União, estados, Distrito Federal e municípios -, todos dotados de **autonomia política,** nos termos em que delineada pela própria Constituição.

Esses aspectos da organização político-administrativa do Estado serão o núcleo do estudo deste Capítulo, no qual examinaremos a configuração dada pela Constituição Federal de 1988 à forma de Estado, à forma de governo, ao sistema de governo, ao regime de governo, bem como à autonomia política dos entes federados integrantes da República Federativa do Brasil.

2. FORMAS DE ESTADO

O conceito de forma de Estado está relacionado com o modo de exercício do poder político em função do território de um dado Estado. A existência

(ou não) da repartição regional de poderes autônomos é, pois, o núcleo caracterizador do conceito de forma de Estado.

O Estado será federado (federal, complexo ou composto) se o poder político estiver repartido entre diferentes entidades governamentais autônomas, gerando uma multiplicidade de organizações governamentais que coexistem em um mesmo território. O Estado federado é caracterizado por ser um modelo de descentralização política, a partir da repartição constitucional de competências entre as entidades federadas autônomas que o integram. O poder político, em vez de permanecer concentrado na entidade central, é dividido entre as diferentes entidades federadas dotadas de autonomia.

O Estado federado - nascido nos Estados Unidos, em 1789, com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América - compõe-se, pois, de diferentes entidades políticas autônomas que, em um vínculo indissolúvel, formam uma unidade, diversa das entidades componentes, que é o Estado soberano. Não há subordinação hierárquica entre as entidades políticas que compõem o Estado federado. Todas elas encontram-se no mesmo patamar hierárquico, para o exercício autônomo das competências que lhes são atribuídas pela Constituição Federal. Porém, a nenhuma delas é reconhecido o *direito de secessão,* pois não poderão dissolver a unidade, imprescindível para a mantença do próprio Estado soberano.

O Estado será unitário (ou simples) se existir um único centro de poder político no respectivo território. A centralização política em uma só unidade de poder é, pois, a marca dessa forma de Estado. É o que ocorre no Uruguai, por exemplo, em que só existe um centro de poder político (nacional), que se estende por todo o território e sobre toda a população, controlando todas as coletividades regionais e locais.

O Estado unitário pode assumir a feição de *Estado unitário puro* ou *Estado unitário descentralizado administrativamente.*

O *Estado unitário puro* (ou centralizado) é aquele em que as competências estatais são exercidas de maneira centralizada pela unidade que concentra o poder político. A centralização do exercício do poder é, pois, a característica dessa forma de Estado unitário.

O *Estado unitário descentralizado administrativamente* (ou regional) é aquele em que as decisões políticas estão concentradas no poder central, mas a execução das políticas adotadas é delegada por este a pessoas e órgãos criados para esse fim administrativo.

No Estado unitário, a opção por exercer suas atribuições de maneira centralizada (sem divisão administrativa) ou descentralizada (com divisão administrativa) cabe unicamente ao poder central, que poderá, portanto,

promover a descentralização ou regredir para a centralização absoluta, com a extinção das unidades administrativas criadas, na forma e no momento em que entender conveniente.

Modernamente, predominam os *Estados unitários descentralizados,* admitindo-se, inclusive, a outorga de certa autonomia política para as entidades e órgãos de execução, para que eles, no momento da execução das decisões políticas do poder central, tenham alguma discricionariedade para avaliar a melhor solução a ser dada ao caso concreto. Entretanto, essa descentralização, por mais ampla que seja, não confere aos entes de execução autonomia política, como se dá numa federação. Temos, no máximo, uma descentralização do *tipo autárquico* (em contraposição ao *tipo federativo),* formando-se uma autarquia territorial, em que as coletividades internas, responsáveis pela execução, ficam na dependência do poder unitário, nacional e central (José Afonso da Silva).

Outra forma de organização de Estado reconhecida é a denominada **confederação,** consistente numa união **dissolúvel** de Estados soberanos, que se vinculam, mediante a celebração de um tratado, sob a regência do Direito Internacional, no qual estabelecem obrigações recíprocas e podem chegar, mesmo, a criar um órgão central encarregado de levar a efeito as decisões tomadas (Celso Bastos).

O Estado confederado assenta-se, pois, na aderência de Estados soberanos interessados a um dado tratado internacional, que o disciplina. A principal característica dessa forma de Estado é a denominada *dissolubilidade,* isto é, cada Estado aderente mantém o direito de, a qualquer momento, retirar-se da confederação, de acordo, exclusivamente, com seus interesses e conveniências. Reconhece-se, pois, aos Estados integrantes da confederação o *direito de secessão.*

A confederação não pode ser confundida com a federação, pois, conforme nos ensina o Professor Celso Bastos, na Confederação

> "os Estados que a compõem não perdem sua individualidade do ponto de vista do Direito Internacional. Todos eles continuam plenamente detentores da soberania, podendo, livremente, desligar-se a qualquer momento da Confederação. Além do mais, esta não tem poderes de imiscuir-se nos assuntos internos de cada um dos Estados que a formam. Quer dizer, as decisões tomadas no nível da Confederação dependerão sempre de leis internas de cada um dos Estados, para que se tornem efetivas."

Federação	Confederação
Constituição	Tratado
Autonomia	Soberania
Indissolubilidade (vedada a secessão)	Dissolubilidade (direito de secessão)

A Constituição Federal de 1988 adotou como forma de Estado o federado, integrado por diferentes centros de poder político. Assim, temos um poder político central (União), poderes políticos regionais (estados) e poderes políticos locais (municípios), além do Distrito Federal, que, em virtude da vedação constitucional à sua divisão em municípios, acumula os poderes regionais e locais (CF, art. 32, § 1.º).

3. FORMAS DE GOVERNO

O conceito de forma de governo refere-se à maneira como se dá a instituição do poder na sociedade, e como se dá a relação entre governantes e governados.

Caso a instituição do poder se dê por meio de eleições, por um período certo de tempo, e o governante represente o povo, bem como tenha o dever de prestar contas de seus atos, teremos a forma de governo republicana *(res publica,* coisa do povo).

Segundo o Professor José Afonso da Silva, o princípio republicano impõe, no Brasil, a necessidade de legitimidade popular do Presidente da República, governadores de estado e prefeitos municipais, a existência de assembléias e câmaras populares nas três órbitas de governo da Federação, eleições periódicas por tempo limitado - que se traduz na temporalidade dos mandatos eletivos e, conseqüentemente, não-vitaliciedade dos cargos políticos - e prestação de contas da Administração Pública.

Portanto, são as seguintes as características básicas da república:

a) eletividade, seja ela direta ou indireta;

b) temporalidade no exercício do poder;

c) representatividade popular;

d) responsabilidade do governante (dever de prestar contas).

Se a forma de governo for marcada pela hereditariedade, vitaliciedade e ausência de representação popular, teremos a monarquia.

Na monarquia, a instituição do poder não se dá por meio de eleições (e sim pela hereditariedade), o mandato é vitalício (e não temporário) e o monarca não representa o povo (e sim a linhagem de alguma família), tampouco responde perante o povo pelos atos de governo (não há o dever de prestar contas).

Logo, são as seguintes as principais características da monarquia:

a) hereditariedade;

b) vitaliciedade;

c) inexistência de representação popular;

d) irresponsabilidade do governante.

O Brasil não nasceu república. A primeira forma de governo adotada no País foi a monarquia, com a chegada da família real portuguesa. Somente com a Constituição de 1891 implantou-se a forma republicana de governo.

República	**Monarquia**
Eletividade	Hereditariedade
Temporalidade	Vitaliciedade
Representatividade popular	Não-representatividade popular
Responsabilidade (dever de prestar contas)	Irresponsabilidade (ausência de prestação de contas)

4. SISTEMAS DE GOVERNO

O conceito de sistema de governo está ligado ao modo como se relacionam os Poderes Legislativo e Executivo no exercício das funções governamentais.

Se há uma maior independência entre esses Poderes, temos o presidencialismo. Se há maior colaboração, uma co-responsabilidade entre esses Poderes na condução das funções governamentais, estaremos diante do sistema parlamentarista.

O presidencialismo é um sistema de governo que tem as seguintes características:

a) o Presidente da República exerce o Poder Executivo em toda a sua inteireza, acumulando as funções de Chefe de Estado (quando representa o Estado frente a outros Estados soberanos), Chefe de Governo (quando cuida da política interna) e Chefe da Administração Pública (quando exerce a chefia superior da Administração Pública). Entre nós, por exemplo, a chefia do Executivo é monocrática, concentrada na figura do Presidente da República, porquanto os Ministros são meros auxiliares, de livre nomeação e exoneração;

b) o Presidente da República cumpre mandato autônomo, por tempo certo, não dependendo do Legislativo, nem para sua investidura, nem para sua permanência no poder;

c) o órgão do Legislativo (Congresso, Assembléia, Câmara) não é propriamente Parlamento, sendo seus membros eleitos por período fixo de mandato;

d) o órgão do Legislativo não está sujeito à dissolução, porque os seus membros são eleitos para um período certo de mandato;

e) as relações entre os Poderes são mais rígidas, vigorando o princípio da divisão de Poderes, que são independentes e autônomos entre si (embora não mais com a clássica rigidez; modernamente fala-se em harmonia);

f) a responsabilidade pela execução dos planos de governo, mesmo quando aprovados por lei, cabe exclusivamente ao Executivo (significa que, bem ou mal executados tais planos, ou mesmo não executados, o Chefe do Executivo tem assegurado o direito à permanência no poder até o término do mandato);

g) é sistema típico das repúblicas.

No sistema parlamentarista, a relação entre os Poderes Executivo e Legislativo é bem diferente. Em vez de independência, fala-se em **colaboração** entre os Poderes Executivo e Legislativo no exercício do poder, isto é, a manutenção do poder no âmbito de um depende da vontade do outro. Em resumo, temos o seguinte: (a) o Chefe do Executivo, que exerce a chefia de Estado, escolhe o Primeiro Ministro, para que exerça a chefia de Governo; (b) uma vez escolhido, o Primeiro Ministro elabora um plano de governo e o submete à apreciação do Parlamento; (c) a partir de então, o Primeiro Ministro somente permanecerá no poder enquanto o seu plano de governo obtiver apoio do Parlamento; (d) por outro lado, o governo poderá, em certas circunstâncias, dissolver o Parlamento, convocando novas eleições, como forma de renovar a composição parlamentar e, em conseqüência, aumentar o apoio ao seu plano de governo.

Assim, o parlamentarismo é um sistema de governo que tem as seguintes características:

a) o Poder Executivo se divide em duas frentes distintas: chefia de Estado (exercida pelo Monarca ou Presidente da República) e chefia de Governo (exercida pelo Primeiro Ministro); por isso, ao contrário do presidencialismo, em que o Executivo é monocrático, no parlamentarismo, diz-se que sua chefia é dual;

b) o Primeiro Ministro é indicado pelo Presidente da República (feita a indicação, cabe a ele elaborar um plano de governo e submetê-lo à aprovação do Legislativo, a fim de obter apoio da maioria; aprovado o plano de governo, aprovada estará sua indicação; constata-se, dessarte, que o Legislativo assume responsabilidade de governo, vinculando-se politicamente perante o povo);

c) o Legislativo (Parlamento) assume função político-governamental mais ampla, uma vez que compreende o próprio Governo, na figura do Primeiro Ministro;

d) o Governo é responsável ante o Parlamento, dependendo de seu apoio e confiança para manter-se (assim, se o Parlamento, a qualquer tempo, retirar a confiança no Governo, ele cai, exonera-se, para dar lugar à constituição de um novo Governo);

e) o Parlamento é responsável perante o povo (forma-se, então, a seguinte cadeia: há responsabilidade política do Governo para com o Parlamento e deste para com os eleitores; se o Governo perde a confiança no Parlamento, poderá dissolvê-lo e convocar novas eleições para a formação de um novo Parlamento);

f) classicamente é sistema típico das monarquias, embora atualmente seja muito adotado nas repúblicas da Europa.

Com base nessa enumeração das características dos sistemas presidencialista e parlamentarista, extraímos facilmente as suas diferenças essenciais, que podem ser assim resumidas:

a) no presidencialismo, existe independência entre os Poderes no exercício das funções governamentais, ao passo que no parlamentarismo há colaboração, co-responsabilidade entre o Legislativo e o Executivo na condução da política governamental;

b) no presidencialismo, os governantes possuem mandatos com prazo certo, enquanto no parlamentarismo não há prazo determinado para o exercício do poder (o Primeiro Ministro permanecerá na chefia de Governo somente enquanto possuir maioria parlamentar, o que pode ocorrer durante vários anos, ou por apenas alguns meses; por outro lado, é possível que os mandatos dos parlamentares sejam abreviados, mediante a dissolução do Parlamento e a convocação de novas eleições);

c) no presidencialismo, a chefia do Executivo é monocrática (unipessoal, concentrada em uma só pessoa), diversamente do que ocorre no parlamentarismo, em que a chefia do Executivo é dual (o Chefe do Executivo exerce a chefia de Estado; o Primeiro Ministro exerce a chefia de Governo);

d) no presidencialismo, há responsabilidade de governo diretamente perante o povo, enquanto no parlamentarismo a responsabilidade ocorre ante o parlamento (se o plano de governo perde o apoio parlamentar, o Primeiro Ministro exonera-se imediatamente).

Presidencialismo	**Parlamentarismo**
Independência entre os Poderes	Interdependência entre os Poderes
Chefia monocrática	Chefia dual
Mandatos por prazo certo	Mandatos por prazo indeterminado
Responsabilidade de governo perante o povo	Responsabilidade de governo perante o parlamento

O sistema adotado pela Constituição Federal de 1988 é o presidencialismo. Entretanto, vale notar que o Brasil já viveu, na sua história política, duas experiências parlamentaristas: uma, na época do Império; outra, de curta duração, às vésperas do golpe militar de 1964 (1961-1963).

5. REGIMES DE GOVERNO

Distinguem-se os regimes de governo em *democrático* e *autocrático,* com base na existência, ou não, de participação do povo - destinatário das ações governamentais - na escolha dos governantes, na elaboração e controle da execução das políticas públicas e na elaboração das normas a que o Estado e o próprio povo estarão sujeitos.

Na *autocracia*, os destinatários das normas e da política governamental não participam da sua produção. Trata-se de regime estruturado de cima para baixo, de imposição da vontade do governante ao povo, sem o direito de manifestação deste.

Na *democracia*, temos a participação dos destinatários das normas e políticas públicas na escolha dos titulares de cargos políticos, na produção do ordenamento jurídico e no controle das ações governamentais, formando o governo de baixo para cima - *governo do povo.* Na democracia, prevalece a vontade da maioria, conquanto sejam reconhecidos e protegidos os direitos das

minorias. Suas principais características são: a liberdade do povo para votar, a divisão de poderes e o controle popular da autoridade dos governantes.

A democracia poderá ser exercida de diferentes formas, originando: democracia direta, democracia indireta ou representativa, e democracia semidireta ou participativa.

Na *democracia direta* o povo exerce, por si mesmo, os poderes governamentais, elaborando diretamente as leis, administrando e julgando as questões do Estado.

A *democracia indireta* ou *democracia representativa* é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente (José Afonso da Silva).

A *democracia semidireta* ou *participativa* combina a democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções do governo, tais como o referendo e o plebiscito. Essa a forma adotada pela Constituição Federal de 1988 (art. l.°, parágrafo único, c/c art. 14).

Regimes de Governo	Autocracia	
	Democracia	Direta
		Indireta ou Representativa
		Semidireta ou Participativa

A FEDERAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O Brasil não surgiu como Estado federado. Inicialmente, adotou-se no País a forma unitária de Estado, a qual foi substituída pelo modelo federativo com a Constituição de 1891.

A formação da nossa Federação ocorreu, portanto, a partir de um Estado originalmente unitário, com a centralização política dando lugar à descentralização regional de poderes políticos.

O art. l.° da Constituição Federal dispõe que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, preceito complementado pelo seu art. 18, no qual se explicita que a organização político-administrativa do nosso País compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos em que estabelecido no texto constitucional.

A Federação brasileira não é um típico Estado federado, porque nas federações clássicas só há um poder político central (União) e os centros regionais de poder (estados). A República Federativa do Brasil é composta de quatro espécies de entes federados dotados de autonomia, duas delas de entes federados típicos (União e estados) e duas de entes federados atípicos ou anômalos (Distrito Federal e municípios).

O Estado federado pode formar-se *por agregação* ou *por desagregação.*

A federação é formada *por agregação* quando antigos Estados independentes ou soberanos abrem mão de sua soberania e se unem para a formação de um único Estado federal, indissolúvel, no qual gozarão, apenas, de autonomia. Ocorre um movimento *centrípeto,* de fora para dentro, isto é, diferentes Estados soberanos unitários cedem parcela de sua soberania para a criação de um único Estado federal. E o modelo clássico de federação, como a dos Estados Unidos da América.

A federação é formada *por desagregação* quando um Estado unitário descentraliza-se, instituindo uma repartição de competências entre entidades federadas autônomas, criadas para exercê-las. Ocorre um movimento *centrífugo,* de dentro para fora, isto é, um Estado unitário centralizado descentraliza-se mediante a criação de entes federados autônomos. É o caso, por exemplo, da Federação brasileira.

Quanto ao modo de separação de competências entre os entes que compõem a federação, temos duas espécies de federalismo: o *federalismo cooperativo* e o *federalismo dual.*

O *federalismo dual* é identificado por uma rígida separação das competências entre a entidade central (União) e os demais entes federados, como é o caso da federação dos Estados Unidos da América. Esse modelo de federalismo vem sendo gradativamente substituído pelo federalismo de cooperação, em razão das pressões e exigências impostas ao novo modelo de Estado do bem-estar social.

O *federalismo cooperativo* é caracterizado por uma divisão não-rígida de competências entre a entidade central e os demais entes federados. É o caso, por exemplo, da Federação brasileira.

Seja qual for a espécie de federalismo, deve-se ressaltar que somente o Estado é soberano, não os entes federados, separadamente considerados; estes possuem apenas autonomia.

Assim, é o Estado federado, a República Federativa do Brasil, pessoa jurídica reconhecida pelo Direito Internacional, o único titular de *soberania.* Os entes federados - União, estados, Distrito Federal e municípios - são pessoas jurídicas de direito público interno que gozam, apenas, de *autonomia,*

traduzida na tríplice capacidade de auto-organização e legislação própria, autogoverno e auto-administração.

Os entes federados são todos autônomos (nunca soberanos), nos termos estabelecidos na Constituição Federal, inexistindo subordinação entre eles. Todos os entes federados retiram sua autonomia do texto da Constituição, isto é, das competências que lhes são por ela outorgadas. Não há precedência de um ente federado sobre outro, mas sim distribuição de competências, em caráter privativo ou concorrente. No exercício de suas atribuições fixadas constitucionalmente, o município é tão autônomo quanto, por exemplo, a União, quando esta atua no desempenho de suas competências próprias. Se qualquer um dos entes federados extrapolar suas competências constitucionais, invadindo as atribuições de outro ente, estará agindo inconstitucionalmente, em flagrante desrespeito à Constituição Federal.

Sob o ponto de vista jurídico, distinguem-se os conceitos de soberania e autonomia, conforme, magnificamente, leciona o Professor Celso Bastos:

> Soberania é o atributo que se confere ao poder do Estado em virtude de ser ele juridicamente ilimitado. Um Estado não deve obediência jurídica a nenhum outro Estado. Isso o coloca, pois, numa posição de coordenação com os demais integrantes da cena internacional e de superioridade dentro do seu próprio território, daí ser possível dizer da soberania que é um poder que não encontra nenhum outro, acima dela, na arena internacional e nenhum outro que lhe esteja nem mesmo em igual nível na ordem interna.
>
> Autonomia, por outro lado, é a margem de discrição de que uma pessoa goza para decidir sobre os seus negócios, mas sempre delimitada essa margem pelo próprio direito. Daí porque se falar que os Estados-membros são autônomos, ou que os Municípios são autônomos: ambos atuam dentro de um quadro ou de uma moldura jurídica definida pela Constituição Federal. Autonomia, pois, não é uma amplitude incondicionada ou ilimitada de atuação na ordem jurídica, mas, tão-somente, a disponibilidade sobre certas matérias, respeitados, sempre, os princípios fixados na Constituição.
>
> **(...)**
>
> Fica claro, pois, que os Estados-membros não são soberanos, como, de resto, não o é a própria União. E traço característico do Estado federal a convivência, em igual nível jurídico, entre o órgão central, encarregado da defesa dos interesses gerais e com a jurisdição em todo o território nacional, e os órgãos regionais, que perseguem objetivos próprios, dentro de uma porção do território nacional. Tanto o primeiro quanto os

> segundos haurem sua esfera de competência do próprio texto constitucional, fruto da vontade soberana da Nação. Só esta desfruta da ilimitação jurídica do poder, que define a soberania. Já a União e os Estados-membros gozam tão-somente de autonomia, que vem a ser o governo mediante autoridades próprias de matérias específicas, irrestringíveis a não ser por ato de força constitucional.

Embora a regra seja a autonomia dos entes federados, há situações em que uma entidade federada poderá intervir em outra, afastando temporariamente sua autonomia. Nas excepcionalíssimas hipóteses permitidas pela Constituição Federal, a União poderá intervir nos estados, no Distrito Federal e nos municípios localizados em Territórios (arts. 34 e 35), e os estados poderão intervir nos municípios localizados em seu território (art. 35).

A Constituição Federal não admite nenhuma pretensão de separação de um estado-membro, do Distrito Federal ou de qualquer município da Federação, ou seja, inexiste, entre nós, o denominado *direito de secessão.* Movimentos de um dado estado-membro que tendam à secessão poderão ensejar a decretação de intervenção federal para manter a integridade nacional (CF, art. 34, I).

Ainda que não houvesse vedação expressa na Constituição Federal (nossa Federação é *indissolúvel,* reza o art. 1.°), entende-se, doutrinariamente, que nos Estados federados não existe o direito de secessão. Uma vez efetivada a adesão de um Estado a uma federação,[1] este não pode mais se retirar por meios legais. Haveria, portanto, uma vedação implícita ao direito de secessão.

A Constituição Federal de 1988 conferiu à federação brasileira um alto nível de centralização, concentrando as mais relevantes competências na entidade central (União). Preleciona Celso Ribeiro Bastos:

> O Estado brasileiro na nova Constituição ganha níveis de centralização superiores à maioria dos Estados que se consideram unitários e que, pela via da descentralização por regiões ou por províncias, consegue um alto nível de transferência das competências tanto legislativas quanto de execução muito superior àquele alcançado pelo Estado brasileiro.

Na República Federativa do Brasil, nem todos os entes federados participam da formação da vontade nacional. Os estados-membros e o Distrito Federal têm efetiva participação, por meio dos seus representantes no Senado Federal (CF, art. 46) e da possibilidade de apresentação de proposta de emen-

[1] Essa menção à "adesão" de um Estado originalmente soberano a uma federação só faz sentido nas federações formadas por agregação.

da à Constituição Federal (CF, art. 60, III). Os Municípios, diferentemente, não participam de nenhum modo na formação da ordem jurídica nacional, pois não possuem representação no Poder Legislativo federal, nem atuam no processo legislativo de modificação da Constituição Federal.

A República Federativa do Brasil enquadra-se no tipo *federação de equilíbrio,* o que significa que está fundada no equilíbrio entre as competências e a autonomia conferidas aos entes federados pela Constituição Federal. Esse equilíbrio está consubstanciado, também, nas regras constitucionais de criação de regiões de desenvolvimento entre os estados (CF, art. 43) e de regiões metropolitanas entre os municípios (CF, art. 25, § 3.°), de concessão de benefícios fiscais (CF, art. 151, I) e da repartição de receitas tributárias (CF, arte. 157 a 159).

Modificações no modelo de equilíbrio delineado pelo legislador constituinte originário, que tendam à quebra do *pacto federativo,* são inconstitucionais, por ofensa à cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4.°, I).

Assim, preocupado em assegurar a autonomia dos entes federativos, núcleo do equilíbrio federativo, o legislador constituinte originário estabeleceu, no próprio texto constitucional, mecanismos que visam a estabelecer proteção ao pacto federativo por ele desenhado. São vários os dispositivos constitucionais que, em maior ou menor grau, têm essa preocupação. Enumeramos abaixo alguns comandos constitucionais que, segundo a doutrina publicista pátria, representam as mais expressivas garantias constitucionais da nossa Federação:

a) **repartição de competências** - ao distribuir as competências públicas entre os diferentes entes políticos, a Constituição Federal outorga-lhes autonomia para a atuação no âmbito das respectivas áreas, assim assegurando o equilíbrio federativo;

b) **rigidez da Constituição** - o fato de a Constituição Federal ser rígida dificulta a modificação da repartição de competências entre os entes políticos, haja vista que esta somente será possível mediante a aprovação de emenda à Constituição, pelo procedimento especial e árduo, exigido constitucionalmente;

c) **controle de constitucionalidade** - a atribuição ao Poder Judiciário da competência para exercer o controle de constitucionalidade possibilita que ele fiscalize o exercício pelos entes federados das competências delineadas no texto constitucional, porquanto a atuação de qualquer um dos entes federados fora de suas competências próprias configura atuação inconstitucional, passível de anulação pelo Poder Judiciário, por meio dos mecanismos de controle de constitucionalidade;

d) **o processo de intervenção,** previsto nos arts. 34 a 36 da CF/88 - em certas hipóteses, a intervenção de um ente federado sobre outro tem por fim específico assegurar a manutenção e o equilíbrio de nossa Federação;

e) imunidade recíproca de impostos, prevista no art. 150, VI, "a", da CF/88 - forma de expressão do princípio federativo que, além de explicitar a isonomia política entre os entes federados, impõe a vedação constitucional à exigência de impostos uns dos outros, impedindo que a autonomia de um ente político seja prejudicada por outro, mediante a imposição gravosa de impostos, com o que resultam afastadas eventuais pressões que umas e outras poderiam exercer entre si de forma recíproca, comprometendo a unidade política essencial ao perfeito funcionamento do regime federativo;

f) **repartição das receitas tributárias,** prevista nos arts. 157 a 159 da CF/88 - ao estabelecer a obrigatoriedade da repartição das receitas de certos tributos entre os entes federados, buscou o legislador constituinte assegurar uma relativa equivalência econômico-financeira entre eles, aspecto fundamental para o equilíbrio federativo.

Com base no que até aqui foi visto, podemos sintetizar os principais elementos presentes na nossa Federação: (a) descentralização política; (b) formação por desagregação; (c) autonomia dos entes federados; (d) soberania do Estado federal; (e) formalização e repartição das competências em uma Constituição do tipo rígida; (f) inexistência do direito de secessão; (g) representação dos estados e do Distrito Federal no Legislativo federal (Senado Federal); (h) fiscalização da autonomia federativa por meio do controle de constitucional idade.

A Federação é cláusula pétrea no Brasil. Com efeito, a Constituição da República veda a possibilidade de proposta de emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa de Estado (CF, art. 60, § 4.°, I).

É interessante observar que a Constituição Federal de 1988 somente gravou como cláusula pétrea a forma federativa de Estado (CF, art. 60, § 4.°, I), não fazendo o mesmo em relação à forma de governo (república) e ao sistema de governo (presidencialismo). Porém, a forma de governo republicana constitui "princípio sensível" da ordem federativa, autorizando a intervenção federal no ente federado que a desrespeitar (CF, art. 34, VII, *a).*

Os Territórios Federais **não** são entes federativos. Eles integram a União, como mera divisão administrativo-territorial, sem nenhuma autonomia política (CF, art. 18, § 2.°).

6.1. União

A União é entidade federativa autônoma em relação aos estados-membros e municípios. É pessoa jurídica de direito público interno, com competências administrativas e legislativas enumeradas no texto constitucional. Cabe à União, também, exercer as prerrogativas da soberania do Estado brasileiro,

quando representa a República Federativa do Brasil nas relações internacionais. Trata-se de atribuição exclusiva da União, pois os demais entes integrantes da Federação não dispõem de competência para representar o Estado federal brasileiro frente a outros Estados soberanos.

Porém, a União não se confunde com o Estado federal. A União, pessoa jurídica de direito público interno, é uma das entidades que integram a República Federativa. A República Federativa é o todo, o Estado federal brasileiro, pessoa jurídica de direito público internacional, integrada pela União, estados, Distrito Federal e municípios. Ocorre que é por intermédio da União que a República Federativa do Brasil se apresenta nas suas relações internacionais, vale dizer, é a União que representa o nosso Estado federal perante outros Estados soberanos.

Mas, frise-se, a União somente **representa** o Estado federal nos atos de Direito Internacional. Quem efetivamente pratica atos de Direito Internacional é a República Federativa do Brasil, juridicamente representada por um órgão da União, que é o Presidente da República. O Estado federal - a República Federativa do Brasil - é que é a pessoa jurídica de direito público internacional. A União, pessoa jurídica de direito público interno, é somente uma das entidades que formam esse todo, o Estado federal, e que, por determinação constitucional (CF, art. 21, I), tem a competência exclusiva para representá-lo nas suas relações internacionais.

É precisa, a respeito, a lição do constitucionalista André Ramos Tavares:

> A União é uma pessoa jurídica de direito público interno. Assim, embora não conte com personalidade internacional - apenas atribuída ao Estado Federal brasileiro -, são as autoridades e órgãos da União que representam o Estado Federal nos atos e relações do âmbito internacional.

Desse modo, a União ora atua em nome próprio, internamente, na sua relação com os demais entes federados, ora atua em nome de toda a Federação, quando representa a República Federativa do Brasil perante outros Estados soberanos.

A Constituição Federal enumera os bens da União (art. 20): as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei; os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; as

ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; o mar territorial; os recursos minerais, inclusive os do subsolo; as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos; os terrenos de marinha e seus acrescidos; as praias marítimas; as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios; os potenciais de energia hidráulica; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II.

As competências da União - administrativas e legislativas - serão estudadas oportunamente, no capítulo destinado especificamente ao exame da repartição de competências.

6.2. Estados-membros

Os estados-membros são os entes típicos do estado Federal; são eles que dão a estrutura conceituai da forma de Estado federado, como uma união de estados autônomos.

A autonomia dos estados-membros caracteriza-se pela sua capacidade de auto-organização e autolegislação, de autogoverno e de auto-administração (CF, arts. 18, 25 a 28).

6.2.1. Auto-organização e autolegislação

A capacidade de *auto-organização* e *autolegislação* está expressa no *caput* do art. 25 da Constituição da República, que dispõe que os estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição Federal.

Os estados se auto-organizam mediante a elaboração de suas Constituições, resultado da atuação do poder constituinte derivado decorrente (exercido pelas respectivas assembléias legislativas). Também autolegislam, vale dizer, editam leis próprias, fruto da atuação do legislador ordinário estadual (as respectivas assembléias legislativas).

No exercício da capacidade de auto-organização e de autolegislação os estados devem obediência aos princípios estabelecidos na Constituição Federal. Esses princípios são tradicionalmente denominados princípios constitucionais *sensíveis, extensíveis e estabelecidos.*

Os *princípios constitucionais sensíveis* da ordem federativa são aqueles cuja observância é obrigatória, sob pena de intervenção federal. Estão enumerados no art. 34, VII, da Constituição Federal:

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

b) direitos da pessoa humana;

c) autonomia municipal;

d) prestação de contas da Administração Pública, Direta e Indireta;

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

A ofensa a esses princípios sensíveis poderá provocar a representação interventiva do Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal, visando à declaração de inconstitucionalidade, e decretação da intervenção federal, caso não tenha eficácia a simples suspensão da execução do ato impugnado, nos termos do art. 36, III, e § 3.°, da Constituição Federal.

Os *princípios constitucionais extensíveis* consistem nas regras de organização que a Constituição estendeu aos estados-membros, ao Distrito Federal e aos municípios. São, portanto, de observância obrigatória no exercício do poder de auto-organização do estado (CF, arts. 1.°, I ao IV; 3.°, I ao IV; 6.° a 11; 93, I a XI; 95, I, II e III).

Os *princípios constitucionais estabelecidos* são aqueles que, dispersos ao longo do texto constitucional, limitam a autonomia organizatória do estado, estabelecendo preceitos centrais de observância obrigatória. Alguns geram *limitações expressas vedatórias* (CF, arts. 19, 150 e 152), outros *limitações expressas mandatárias* (CF, arts. 37 a 41, 125), outros *limitações implícitas* (CF, arts. 21, 22, 30) e outros, ainda, *limitações decorrentes do sistema constitucional adotado*, que são limitações que defluem naturalmente, como conseqüência lógica dos princípios constitucionais adotados pela Constituição Federal de 1988, por exemplo, do princípio federativo, dos princípios do Estado Democrático de Direito, dos princípios da ordem econômica e social etc.

6.2.2. Autogoverno

A capacidade de *autogoverno* está assentada nos arts. 27, 28 e 125 da Constituição Federal, que outorgam competência aos estados-membros para organizar os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário locais.

Em relação ao autogoverno, a própria Constituição Federal estabelece importantes regras que incidirão sobre o governo estadual, dentre as quais destacamos as apresentadas a seguir.

O Poder Legislativo estadual é **unicameral,** formado pela assembléia legislativa, composta de deputados estaduais eleitos pelo sistema proporcional, para mandados de quatro anos, aplicando-se-lhes as regras da Constituição Federal sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às forças armadas (CF, art. 27, § 1.º).

O número de deputados estaduais, no geral, corresponderá ao triplo da representação do estado na Câmara dos Deputados, fixada em lei complementar, na forma do art. 41, § 1.º, da Constituição Federal (Regra: n.° de deputados estaduais = 3 X n.° de deputados federais). Porém, se atingido o número de 36 (trinta e seis) deputados estaduais, serão acrescidos tantos deputados quantos forem os deputados federais acima de doze (Exceção: n.° de deputados estaduais = 36 + n.° de deputados federais - 12). Assim, por exemplo, o Estado de São Paulo tem 70 (setenta) deputados federais, portanto, encaixa-se na exceção prevista no art. 27 (n.° de deputados estaduais = 36 + n.° de deputados federais - 12). Logo, o número de deputados estaduais do Estado de São Paulo é 94 (36 + 70 - 12 = 94 deputados estaduais).

É obrigatória a existência de iniciativa popular de lei no processo legislativo estadual, devendo a lei dispor a respeito do seu exercício pelos cidadãos (CF, art. 27, § 4.°).

A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subseqüente, observado, quanto ao mais, as regras constitucionais sobre eleições para Presidente da República (CF, art. 28).

Perderá o mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na Administração Pública Direta ou Indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público, hipótese em que será afastado do seu cargo, emprego ou função, mantendo-se a contagem do tempo de serviço para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento (CF, art. 28, § 1.º).

O subsídio dos deputados estaduais é fixado por lei de iniciativa da assembléia legislativa, na razão de, no máximo, 75% (setenta e cinco por cento) daquele estabelecido, em espécie, para os deputados federais. Note-se que o subsídio **não** é mais fixado por resolução da assembléia legislativa, mas sim por lei, a partir de projeto apresentado pela assembléia legislativa, que, portanto, se sujeita ao poder de veto do Governador (CF, art. 27, § 2.°).

O subsídio do Governador, do Vice-Governador e dos secretários de estado é fixado por lei de iniciativa da assembléia legislativa (CF, art. 28, § 2.°).

Os subsídios dos deputados estaduais serão o limite remuneratório (teto) no âmbito do Poder Legislativo estadual (CF, art. 37, XI).

O subsídio mensal do Governador do estado será o limite remuneratório (teto) para todo o Poder Executivo estadual, exceto para os procuradores e defensores públicos, cujo teto salarial será 90,25% do subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 37, XI).

Não obstante os limites remuneratórios aludidos nos dois parágrafos precedentes, é facultado "aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal" (CF, art. 37, § 12). Esse teto único, caso adotado, não se aplicará aos subsídios dos deputados estaduais e distritais, nem dos vereadores, pois eles possuem limites próprios previstos em outros dispositivos da Constituição (art. 27, § 2.°; art. 29, incisos VI e VII; art. 32, § 3.°).

Compete às assembléias legislativas dispor sobre seu regimento interno, polícia e serviços administrativos de sua secretaria, e prover os respectivos cargos (CF, art. 27, § 3.°).

Ao dispor sobre a composição de suas Mesas, poderão as assembléias legislativas permitir a recondução do deputado estadual para o mesmo cargo na eleição imediatamente subseqüente, pois, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a vedação à recondução para o mesmo cargo da Mesa na eleição imediatamente subseqüente, prevista no art. 57, § 4.°, da Constituição Federal, **não** é de observância obrigatória para os estados, Distrito Federal e municípios.

Os estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos na Constituição Federal, cabendo à Constituição do estado definir a competência dos tribunais, e ao Tribunal de Justiça a iniciativa da lei de organização judiciária (CF, art. 125, *caput* e § 1.°).

No âmbito desse poder para organizar sua própria Justiça, poderão os estados instituir o controle de constitucionalidade abstrato, para a fiscalização de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão (CF, art. 125, § 2.°).

A lei estadual poderá, ainda, criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes (CF, art. 125, § 3.°).

6.2.3. Auto-administração

A capacidade de *auto-administração* decorre das normas que distribuem as competências entre União, estados, Distrito Federal e municípios, especialmente do art. 25, § 1.°, segundo o qual são reservadas aos estados as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição. Assim, os estados-membros se auto-administram no exercício de suas competências administrativas, legislativas e tributárias definidas constitucionalmente.

Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (CF, art. 25, § 3.°).

São três, portanto, os requisitos constitucionais para a atuação dos estados nas três hipóteses (criação de regiões metropolitanas, de aglomerações urbanas e de microrregiões):

a) lei complementar estadual;
b) tratar-se de um conjunto de municípios limítrofes;
c) ter por fim a organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum.

As *regiões metropolitanas* são conjuntos de municípios limítrofes, com certa continuidade urbana, que se reúnem em torno de um município-pólo.

As *aglomerações urbanas* são áreas urbanas de municípios limítrofes, sem um pólo, ou mesmo uma sede. Caracterizam-se pela grande densidade demográfica e continuidade urbana.

As *microrregiões* são também municípios limítrofes, que apresentam características homogêneas e problemas em comum, mas que não se encontram ligados por certa continuidade urbana.

Cabe ressaltar que a criação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões é *competência exclusiva* do estado-membro, não havendo nenhuma ingerência dos municípios envolvidos nessa matéria.[2]

Essa competência dos estados-membros não deve ser confundida com a competência outorgada aos municípios para criar, organizar e suprimir *distritos*, desde que observada a legislação estadual (CF, art. 30, IV).

6.2.4. Vedações ao poder constituinte decorrente

A Constituição Federal de 1988, ao atribuir aos estados a capacidade de auto-organização e autolegislação, de autogoverno, e de auto-administração

ADI 1.841/RJ, rei. Min. Marco Aurélio, 28.08.1998.

(arts. 18, 25 a 28), impõe limitações a esses poderes e determina que sejam respeitados os princípios nela estabelecidos.

Vimos que alguns desses princípios podem ser descobertos com facilidade, como os denominados *princípios sensíveis,* que são taxativamente enumerados no art. 34, VII, da Lei Maior. Mas, além desses, temos os *princípios constitucionais extensíveis* e os *princípios constitucionais estabelecidos,* que, espalhados pelo texto constitucional, limitam, explícita ou implicitamente, a autonomia organizatória dos estados.

Os estados-membros, na sua capacidade de auto-organização, deverão observar todos esses princípios previstos na Constituição Federal - sensíveis, estabelecidos e extensíveis -, sob pena de absoluta inconstitucionalidade da regra da Constituição estadual que contrarie algum deles.

Entretanto, como vimos, a Constituição Federal nem sempre é expressa no tocante à competência dos entes federados, surgindo, em conseqüência, dúvidas sobre a competência dos estados para dispor acerca de certas matérias. Apresentamos, a seguir, algumas matérias que **não** poderão ser disciplinadas na Constituição do estado.

A **Constituição do estado não pode** condicionar a nomeação, a exoneração e a destituição dos secretários de estado à prévia aprovação da assembléia legislativa.

Os secretários de estado são os auxiliares do Governador de Estado, assim como os ministros de estado são os auxiliares do Presidente da República. A nomeação, exoneração e destituição de ministros de estado são matérias de competência privativa do Presidente da República (CF, art. 84, I), sem nenhuma participação do Congresso Nacional. Esse modelo deverá ser seguido no âmbito estadual. Caso a Constituição do estado pretenda condicionar a nomeação, exoneração e destituição de secretários de estado à prévia aprovação da Assembléia Legislativa, haverá indevida ingerência do Poder Legislativo na esfera de competência do Executivo, em ofensa ao princípio da separação de Poderes.

Essa mesma vedação aplica-se à Lei Orgânica do Distrito Federal e dos municípios, no tocante à nomeação, exoneração e destituição dos respectivos auxiliares do Chefe do Executivo local.

A **Constituição do estado não pode** fixar em quatro quintos dos membros da assembléia legislativa o *quorum* para aprovação de emendas à Constituição do estado.

Ao estabelecer o processo legislativo de modificação da Constituição estadual, os estados-membros deverão observar as regras previstas na Constituição Federal para sua reforma (CF, art. 60).

As diferentes regras do art. 60 da Constituição Federal são, no que couber, de observância obrigatória pelos estados-membros, dentre elas: votação em

dois turnos e *quorum* de três quintos para deliberação (§ 2.°); não sujeição a veto do Chefe do Executivo e promulgação direta da emenda pelo Poder Legislativo (§ 3.°); irrepetibilidade, na mesma sessão legislativa, da matéria rejeitada ou havida por prejudicada (§ 5.°).

Portanto, não poderá a Constituição do estado estabelecer *quorum* para modificação do seu texto distinto daquele estabelecido pelo legislador constituinte para a reforma da Constituição Federal, que é de três quintos (CF, art. 60, § 2.°). Não poderá o Estado adotar *quorum* mais rígido (quatro quintos, por exemplo), nem menos rígido (maioria absoluta, por exemplo).

A **Constituição do estado não pode** tratar de matérias de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, tais como regime jurídico, aposentadoria, remuneração e concessão de vantagens a servidores públicos do Poder Executivo.

A Constituição Federal estabelece certas matérias cuja iniciativa de lei é privativa do Presidente da República (art. 61, § 1.°). Entre essas matérias destacam-se aquelas relativas à Administração Pública e aos servidores públicos do Poder Executivo, tais como: criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração Direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; servidores públicos da União, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; criação e extinção de ministérios e órgãos da Administração Pública.

Em relação a essas matérias, portanto, só o Presidente da República poderá desencadear o processo legislativo, isto é, apresentar projeto de lei perante o Poder Legislativo.

Por força do princípio federativo, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que essa iniciativa privativa do Presidente da República é de observância obrigatória pelos estados, Distrito Federal e municípios, adequando-se a iniciativa, conforme o caso, ao Governador ou ao Prefeito. Assim, as matérias que são de iniciativa privativa do Presidente da República na esfera federal, são de iniciativa privativa do Governador, no âmbito estadual, e do Prefeito, na esfera municipal.

Em razão desse entendimento do Supremo Tribunal Federal, alguns estados começaram a tratar dessas matérias no próprio texto da Constituição do estado, com o objetivo de burlar a regra de iniciativa privativa do Governador. A fórmula tentada pelos deputados estaduais para contornar a vedação constitucional, e terem iniciativa sobre essas matérias, foi apresentar propostas de emenda à Constituição do estado versando sobre tais matérias.

Desenvolveram os deputados estaduais, em resumo, a seguinte tese jurídica: "não podemos apresentar *projeto de lei* sobre as matérias de iniciativa privativa do Governador, por força do entendimento do Supremo Tribunal Federal; porém, nada impede que apresentemos *proposta de*

emenda à Constituição do estado sobre essas matérias, pois o texto da Constituição Federal refere-se, tão-somente, à iniciativa privativa em *projeto de lei;* caso apresentemos a proposta de emenda à Constituição do estado, será ela aprovada e promulgada por nós, deputados, sem nenhuma participação do Governador, haja vista que a emenda à Constituição não se submete à sanção ou a veto; desse modo, burlaremos a iniciativa privativa do Governador e trataremos das respectivas matérias no texto da Constituição do estado, sem necessidade da iniciativa do Chefe do Executivo, e impedindo qualquer participação deste".

Em face dessa flagrante tentativa de fraude à Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que as matérias que são previstas na Carta Federal como de iniciativa privativa do Chefe do Executivo (CF, art. 61, § 1.º) não podem ser disciplinadas na Constituição do estado.

Essa mesma vedação aplica-se à Lei Orgânica do Distrito Federal e dos municípios.

A **Constituição do estado não pode** subordinar a nomeação do Procurador-Geral da Justiça do estado à prévia aprovação do seu nome pela assembléia legislativa.

O Procurador-Geral de Justiça é o Chefe do Ministério Público dos estados e do Distrito Federal e territórios, assim como o Procurador-Geral da República é o Chefe do Ministério Público da União.

A Constituição Federal condicionou a nomeação do Procurador-Geral da República à prévia aprovação do Senado Federal, por maioria absoluta (CF, art. 128, § 1.º).

Certamente com a intenção de guardar simetria com a Carta Federal, algumas Constituições estaduais copiaram essa mesma regra para o processo de nomeação do Procurador-Geral de Justiça, isto é, determinaram a obrigatoriedade da aprovação prévia do seu nome pela assembléia legislativa, por maioria absoluta de votos.

Entretanto, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é inconstitucional norma da Constituição de estado que condicione a nomeação do Procurador-Geral de Justiça à prévia aprovação da assembléia legislativa, visto que a Constituição Federal estabelece regra específica sobre o assunto, distinta daquela estabelecida para a nomeação do Procurador-Geral da República.

De fato, ao tratar do processo de nomeação dos Procuradores-Gerais de Justiça, a Constituição Federal estabeleceu regra própria, em que não é prevista participação do Poder Legislativo, nos termos seguintes (CF, art. 128, § 3.°):

> § 3.° Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

Portanto, o processo de nomeação do Procurador-Geral de Justiça nos estados-membros é distinto daquele estabelecido para a nomeação do Procurador-Geral da República; naquele, não há qualquer participação do Poder Legislativo. O próprio Ministério Público do Estado elaborará lista tríplice dentre integrantes da carreira e o Governador escolherá e nomeará um dos três, sem nenhuma participação da assembléia legislativa.

A assembléia legislativa participará, se for o caso, da destituição do Procurador-Geral de Justiça, por deliberação de maioria absoluta, na forma da lei complementar respectiva (CF, art. 128, § 4.°).

A **Constituição do estado não pode** outorgar ao Governador do estado imunidade à prisão em flagrante, à prisão preventiva e à prisão temporária, tampouco pode estabelecer a irresponsabilidade, na vigência do mandato, pelos atos estranhos ao exercício de suas funções.

Essas imunidades foram expressamente conferidas pela Constituição Federal ao Presidente da República (CF, art. 86, §§ 3.° e 4.°). Porém, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, são elas exclusivas do Presidente da República, não podendo ser estendidas aos Governadores de Estado.

Segundo o STF, dentre as imunidades do Presidente da República (CF, art. 86, *caput*, e §§ 3.° e 4.°), a única que poderá ser estendida aos Governadores de Estado é a relativa à necessidade de autorização legislativa, por dois terços dos membros da Câmara dos Deputados, para a sua responsabilização criminal (CF, art. 86, *caput).*

Portanto, a Constituição do estado poderá estabelecer que o Governador do estado não será processado criminalmente pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ sem prévia licença da assembléia legislativa, por dois terços de seus membros, repetindo o modelo adotado em relação ao Presidente da República, cuja responsabilização depende, sempre, de autorização por dois terços da Câmara dos Deputados (CF, art. 86, *caput).*

As demais imunidades do Presidente da República - relativas às prisões cautelares (art. 86, § 3.°) e aos atos estranhos ao exercício do mandato (art. 86, § 4.°) - não poderão ser estendidas aos Governadores de Estado.

Cabe ressaltar que a Constituição Federal **não** outorgou ao Prefeito nenhuma imunidade, nem poderá ser estendida a ele qualquer das imunidades do Presidente da República.

A Constituição do estado não pode condicionar a eficácia de convênio celebrado pelo Poder Executivo à prévia aprovação do Poder Legislativo.

A celebração de convênios administrativos é matéria da competência do Chefe do Executivo, responsável pelo exercício da direção superior da Administração Pública (CF, art. 84, II).

Logo, os Chefes do Executivo de dois estados-membros poderão celebrar convênios para a consecução de determinada atividade de interesse comum. Acontece, porém, que algumas Constituições estaduais estabeleceram regra segundo a qual esses convênios só seriam válidos depois de aprovados pela assembléia legislativa.

Diante dessa situação, o Supremo Tribunal Federal proferiu orientação de que a Constituição do Estado não pode condicionar a eficácia desses convênios à prévia aprovação da assembléia legislativa, sob pena de ofensa ao princípio da separação de Poderes.

Essa mesma vedação aplica-se à Lei Orgânica do Distrito Federal e dos municípios, no tocante aos convênios celebrados pelos respectivos Chefes do Executivo.

A **Constituição do estado não pode** estabelecer prazo para que os detentores de iniciativa privativa (reservada ou exclusiva) apresentem projeto de lei ao Poder Legislativo.

Não pode a Constituição do Estado fixar prazo limite para que o detentor de iniciativa reservada - Chefe do Executivo, por exemplo - apresente projeto de lei sobre as respectivas matérias, sob pena de ofensa ao princípio da separação de Poderes. Cabe ao detentor da iniciativa privativa a decisão sobre o momento, a oportunidade e a conveniência de apresentar o projeto de lei ao Legislativo.

Essa mesma vedação aplica-se à Lei Orgânica do Distrito Federal e dos municípios, no tocante aos detentores de iniciativa reservada de lei no seu âmbito.

A **Constituição do estado não pode** outorgar competência para que a assembléia legislativa julgue as próprias contas e as dos administradores dos Poderes Executivo e Judiciário.

Estabelece a Constituição Federal que o controle externo é incumbência do Congresso Nacional, que o exercerá com o auxílio do Tribunal de Contas da União (CF, art. 71).

Entretanto, em que pese a natureza de órgão auxiliar do Legislativo, o Tribunal de Contas da União possui atribuições próprias, enumeradas nos incisos do art. 71 da Constituição Federal.

Especificamente no tocante ao controle das contas públicas, a Constituição delineou claramente a competência do Tribunal de Contas da União, conforme explicado a seguir.

No tocante às contas do Presidente da República, não cabe ao Tribunal de Contas da União *julgá-las.* Cabe a este órgão, apenas, *apreciá-las*, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias do recebimento (CF, art. 71, I). Ulteriormente, quem as *julgará* será o Congresso Nacional, por força do art. 49, IX, da CF/88.

Quanto às contas dos demais administradores públicos, a competência para *o julgamento* é do próprio Tribunal de Contas da União (art. 71, II), e **não** do Congresso Nacional.

Esse modelo é de observância obrigatória no âmbito dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, em relação às suas Cortes de Contas (CF, art. 75).

Assim, na esfera estadual, a competência para julgar as contas do Governador será da assembléia legislativa, após a apreciação, mediante parecer prévio, no prazo de sessenta dias, do Tribunal de Contas do estado. A competência para o julgamento das contas dos demais administradores públicos estaduais, **no âmbito dos três Poderes,** será do Tribunal de Contas do estado.

Logo, a Constituição do estado não pode outorgar à Assembléia Legislativa a competência para julgar as suas próprias contas, tampouco as contas dos administradores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, pois essa competência, por força da Constituição Federal, é do Tribunal de Contas do estado.

Essa mesma regra é válida para o julgamento das contas públicas no âmbito do município, adequando-se as competências à câmara municipal (para o julgamento das contas do Prefeito) e ao Tribunal de Contas competente (para o julgamento das contas dos demais administradores municipais).

A **Constituição do estado não pode** estabelecer a monarquia como forma de governo, nem o parlamentarismo como sistema de governo.

Sabe-se que a Constituição Federal somente gravou como cláusula pétrea a forma federativa de Estado (CF, art. 60, § 4.°, I). A forma de governo (república) e o sistema de governo (presidencialismo) não são cláusulas pétreas na vigência da Constituição Política de 1988.

Entretanto, não poderão os estados, o Distrito Federal e os municípios adotar outra forma de governo (monarquia) ou outro sistema de governo (parlamentarismo), desgarrando-se do modelo federal, previsto na Constituição Federal.

Embora não seja cláusula pétrea, o modelo determinado pela Constituição Federal deverá, obrigatoriamente, ser seguido pelos estados, Distrito Federal e municípios.

A **Constituição do estado não pode** adotar outros sistemas eleitorais distintos daqueles previstos na Constituição Federal.

A Constituição Federal prevê dois sistemas eleitorais: o majoritário (para eleição dos Chefes do Executivo e senadores da República) e o proporcional (para eleição dos deputados federais, deputados estaduais e vereadores).

Esses sistemas eleitorais são de observância obrigatória pelos estados-membros, por força do disposto no art. 27, § 1.°, da Constituição Federal, não podendo os entes federados adotar um sistema eleitoral distinto (o distrital misto, por exemplo) para a eleição dos deputados estaduais.

Essa mesma vedação aplica-se à Lei Orgânica do Distrito Federal e dos municípios, no tocante aos sistemas eleitorais em seu âmbito.

A **Constituição do estado não pode** estabelecer os casos em que as disponibilidades de caixa dos estados poderão ser depositadas em instituições financeiras não-oficiais.

Estabelece a Constituição Federal que as disponibilidades de caixa dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas serão depositadas em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos *previstos em lei* (CF, art. 164, § 3.°).

A *lei* poderá, então, prever casos em que as disponibilidades de caixa dos estados, do Distrito Federal e dos municípios poderão ser depositadas em instituições financeiras não-oficiais. É importante, porém, enfatizar que o Supremo Tribunal Federal decidiu que essa lei deve ser uma *lei ordinária federal,* isto é, uma lei editada pelo Congresso Nacional, não pelo próprio ente federado (estado, DF ou município).

Portanto, a competência para prever os casos em que os recursos desses entes federados poderão ser depositados em instituições privadas é da União, exercida mediante *lei ordinária federal.*

A **Constituição do estado não pode** definir os crimes de responsabilidade do Governador, tampouco cominar as respectivas penas.

Segundo a jurisprudência do STF, são da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento (Súmula n.° 722).

Portanto, não poderão os estados, o Distrito Federal e os municípios definir os crimes de ^responsabilidade das respectivas autoridades locais, sob pena de invasão da competência privativa da União para legislar sobre Direito Penal (CF, art. 22, I).

A **Constituição do estado não pode** estabelecer que a perda do mandato de parlamentar será decidida em votação aberta, em desrespeito ao modelo federal, previsto no art. 55, § 2.°, da Constituição Federal.

Determina a Constituição Federal que, nos casos em que especifica (incisos I, II e VI do art. 55), a perda do mandato do congressista será de-

cidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, *por voto secreto* e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa (CF, art. 55, § 2.°).

Segundo orientação do STF, esse regramento para a perda do cargo de parlamentar é de observância obrigatória pelos estados-membros, não podendo a Constituição do estado afastar-se do modelo federal e estabelecer, por exemplo, a *votação aberta* na assembléia legislativa para a perda do cargo de deputado estadual (STF, ADI 2461 e 3208, 12.05.2005).

6.3. Municípios

A Constituição Federal de 1988 consagrou o município como entidade federativa, integrante da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, outorgando-lhe plena autonomia (CF, arts. 18, 29 e 30).

Reforçando a posição de ente federativo do município, a autonomia municipal foi arrolada como *princípio constitucional sensível*, a ser respeitada pelo estado-membro, sob pena de sujeitar-se ele à intervenção federal (CF, art. 34, VII, c).

Assim como ocorre com os estados-membros, a autonomia municipal está assentada na capacidade de auto-organização e normatização própria (elaboração da Lei Orgânica e das leis municipais), autogoverno (eleição do Prefeito, Vice-Prefeito e vereadores sem ingerência da União e do estado) e auto-administração (exercício de suas competências administrativas, tributárias e legislativas).

O município reger-se-á por Lei Orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da câmara municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal, na Constituição do respectivo estado e os seguintes preceitos (CF, art. 29):

a) eleição do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos vereadores, para mandato de quatro anos, mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o País;

b) eleição do Prefeito e do Vice-Prefeito realizada no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato dos que devam suceder, aplicadas as regras para eleição do Presidente da República, no caso de municípios com mais de duzentos mil eleitores;

c) posse do Prefeito e do Vice-Prefeito no dia 1." de janeiro do ano subseqüente ao da eleição;

d) perderá o mandato o Prefeito que assumir outro cargo ou função na Administração Pública Direta ou Indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público, hipótese em que será afastado do seu cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração, mantendo-se a contagem do tempo de serviço para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento (CF, art. 29, XIV);

e) os subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos secretários municipais devem ser fixados por lei de iniciativa da câmara municipal;

f) o total da despesa com a remuneração dos vereadores não poderá ultrapassar o montante de cinco por cento (5%) da receita do município;

g) inviolabilidade dos vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do município;

h) as proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, devem ser similares, no que couber, ao disposto na Constituição Federal para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo estado para os membros da assembléia legislativa;

i) organização das funções legislativas e fiscalizadoras da câmara municipal;

j) cooperação das associações representativas no planejamento municipal;

l) deve ser prevista iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do município, da cidade ou de bairros, mediante manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado;

m) o subsídio dos vereadores será fixado pelas respectivas câmaras municipais em cada legislatura para a subseqüente, observado o que dispõe a Constituição Federal, os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos: (a) em municípios de até 10.000 habitantes, o subsídio máximo dos vereadores corresponderá a 20% do subsídio dos deputados estaduais; (b) em municípios de 10.001 a 50.000 habitantes, o subsídio máximo dos vereadores corresponderá a 30% do subsídio dos deputados estaduais; (c) em municípios de 50.001 a 100.000 habitantes, o subsídio máximo dos vereadores corresponderá a 40% do subsídio dos deputados estaduais; (d) em municípios de 100.001 a 300.000 habitantes, o subsídio máximo dos vereadores corresponderá a 50% do subsídio dos deputados estaduais; (e) em municípios de 300.001 a 500.000, o subsídio máximo dos vereadores corresponderá a 60% do subsídio dos deputados estaduais; (f) em municípios de mais de 500.000 habitantes, o subsídio máximo dos vereadores corresponderá a 75% do subsídio dos deputados estaduais;

n) o total da despesa do Poder Legislativo municipal, incluídos os subsídios dos vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências constitucionais do IOF sobre o ouro (art. 153, § 5.°) e dos

demais tributos (arts. 158 e 159), efetivamente realizado no exercício anterior: (a) 8% para municípios com população de até 100.000 habitantes; (b) 7% para municípios com população entre 100.001 e 300.000 habitantes; (c) 6% para municípios com população entre 300.001 e 500.000 habitantes; (d) 5% para municípios com população acima de 500.000 habitantes;

o) a câmara municipal não gastará mais de setenta por cento (70%) de sua receita com folha de pagamento, **incluído** o gasto com o subsídio de seus vereadores.

A Constituição Federal estabelece que o número de vereadores será proporcional à população do município, desde que observados os limites mínimo e máximo, dentro das seguintes faixas de população:

a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;
b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;
c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinqüenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes.

Houve muita controvérsia na doutrina e na jurisprudência em relação ao número de vereadores a ser fixado pelos municípios. De um lado, havia o entendimento de que, observados os limites mínimo e máximo estabelecidos constitucionalmente para cada uma das faixas de população, teria o município plena liberdade para fixar o número de cadeiras da câmara municipal. Assim, um município com vinte mil habitantes (até um milhão) poderia fixar em vinte e um o número de vereadores da câmara municipal, sem afronta à Constituição Federal, haja vista que o limite máximo da faixa foi obedecido. Divergiam dessa interpretação os que defendem que a composição da câmara municipal deve obedecer a valores aritméticos que legitimem a proporcionalidade constitucional.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a Constituição Federal estabelece um critério de proporcionalidade aritmética para o cálculo do número de vereadores, ou seja, não possuem os municípios autonomia para fixar esse número discricionariamente, ainda que observados os limites mínimo e máximo por faixa de população.[3]

Assim, além do respeito aos limites mínimo e máximo nas três faixas de população, os municípios deverão observar uma estrita proporcionalidade entre a população e o número de vereadores, de forma que *para cada 47.619 habitantes a câmara municipal terá direito a um vereador.*

Estabelece a Constituição Federal que o Prefeito será julgado perante o Tribunal de Justiça (CF, art. 29, X).

[3] RE 197.917, rei. Min. Maurício Corrêa, 25.03.2004.

Entretanto, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual. Nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau (Súmula n.° 702).

Assim, se a prática for de crime eleitoral, a competência para o julgamento do Prefeito será do Tribunal Regional Eleitoral - TRE.

Nos crimes praticados contra bens, serviços ou interesses da União, de suas autarquias ou de empresas públicas federais, a competência para julgar o Prefeito é do Tribunal Regional Federal - TRF.

Entretanto, compete ao Tribunal de Justiça, e não à Justiça Federal, o julgamento de Prefeito municipal por má aplicação de verbas federais repassadas ao patrimônio da municipalidade, pois o seu desvio ou emprego irregular é crime contra o município, em cujo patrimônio elas se incorporaram.[4]

No caso de crime doloso contra a vida praticado por Prefeito, a competência originária será do Tribunal de Justiça, afastando-se a competência do Tribunal do Júri (CF, art. 5.°, XXXVIII).

Em relação aos crimes de responsabilidade, é necessário diferenciar os denominados *delitos próprios* (infrações político-administrativas, cuja sanção é a perda do mandato e a suspensão dos direitos políticos) dos *delitos impróprios* (infrações penais propriamente ditas, apenadas com penas privativas de liberdade).

No primeiro caso - *crimes de responsabilidade próprios* - a competência para julgamento é da câmara municipal, uma vez que se trata de responsabilização de índole política.

No segundo caso - *crimes de responsabilidade impróprios* - o Prefeito será julgado perante o Tribunal de Justiça.

A Constituição Federal **não** outorgou foro especial aos vereadores perante o Tribunal de Justiça, assegurando a eles, apenas, a imunidade material, ao dispor que são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do município (CF, art. 29, VIII).

Porém, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Constituição do estado poderá outorgar aos vereadores dos municípios situados em seu território foro especial perante o Tribunal de Justiça, se o legislador constituinte derivado decorrente assim entender oportuno.[5]

6.4. Distrito Federal

A Constituição Federal assegurou ao Distrito Federal a natureza de ente federativo autônomo, assentada na sua capacidade de auto-organiza-

[4] RE 205.773, rei. Min. Octavio Gallotti, 29.04.1997.

[5] HC 74.125/PI, rei. Min. Francisco Rezek, 03.09.1996.

ção e normatização própria, autogoverno e auto-administração (CF, arts. 18, 32 e 34).

Compete ao Distrito Federal se auto-organizar por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal; a auto-organização do Distrito Federal completa-se pelas leis distritais editadas no uso de sua competência legislativa (CF, art. 32).

O autogoverno do Distrito Federal materializa-se na eleição do Governador e Vice-Governador, segundo as regras da eleição para Presidente da República, e dos deputados distritais, integrantes do Poder Legislativo local (Câmara Legislativa), segundo as regras da eleição para deputados estaduais. O Distrito Federal só não dispõe de competência para organizar e manter o Poder Judiciário local, haja vista que essa competência foi atribuída à União (CF, art. 21, XIII).

O Distrito Federal se auto-administra, ao exercer as competências administrativas, legislativas e tributárias constitucionalmente a ele atribuídas.

O Distrito Federal não pode ser dividido em municípios (art. 32). Em respeito a essa vedação constitucional, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de lei distrital (Lei n° 1.713/1997) que facultava a administração das quadras residenciais do Plano Piloto, em Brasília, por prefeituras comunitárias ou associações de moradores. Entendeu a Corte Suprema que tal lei promovia, em afronta à Constituição Federal, uma subdivisão do território do Distrito Federal em entidades relativamente autônomas.[6]

O Distrito Federal não é um estado, nem um município. Em regra, em razão da vedação à sua divisão em municípios, foram-lhe atribuídas as competências legislativas e tributárias reservadas aos estados e municípios (CF, arts. 32, § 1.°, e 147). Porém, não se pode afirmar que o Distrito Federal tenha sido, em tudo, equiparado aos estados-membros, pois nem todas as competências legislativas estaduais foram a ele estendidas. Com efeito, compete privativamente à União legislar sobre organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal, bem como organização administrativa destes (CF, art. 22, XVII).

Ademais, ao contrário dos estados-membros, o Distrito Federal não dispõe de competência para organizar e manter, no seu âmbito, o Ministério Público, o Poder Judiciário, a Defensoria Pública, a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar. É da União a competência para a organização e manutenção desses órgãos no Distrito Federal (CF, art. 21, XIII e XIV).

ADI 1.706/DF, rei. Min. Eros Grau, 09.04.2008.

Ao contrário do que ocorre com os demais entes federados, **não** há previsão constitucional para alteração dos limites territoriais do Distrito Federal (CF, art. 18, §§ 3.° e 4.°).

A respeito da natureza singular do Distrito Federal, o Supremo Tribunal Federal - ao firmar entendimento de que se aplica a esse ente federado a fórmula estabelecida pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.° 101/2000) para o cálculo dos limites globais de despesas com pessoal imposta aos estados (e **não** aos municípios)[7] - asseverou que, embora o Distrito Federal não seja nem um município nem um estado-membro, está bem mais próximo da estruturação destes, destacando os seguintes dispositivos da Constituição Federal demonstrativos dessa asserção:

> (...) 2. O Distrito Federal é uma unidade federativa de compostura singular, dado que: a) desfruta de competências que são próprias dos Estados e dos Municípios, cumulativamente (art. 32, § 1º, CF); b) algumas de suas instituições elementares são organizadas e mantidas pela União (art. 21, XIII e XIV, CF); c) os serviços públicos a cuja prestação está jungido são financiados, em parte, pela mesma pessoa federada central, que é a União (art. 21, XIV, parte final, CF). 3. Conquanto submetido a regime constitucional diferenciado, o Distrito Federal está bem mais próximo da estruturação dos Estados-membros do que da arquitetura constitucional dos Municípios. Isto porque: a) ao tratar da competência concorrente, a Lei Maior colocou o Distrito Federal em pé de igualdade com os Estados e a União (art. 24); b) ao versar o tema da intervenção, a Constituição dispôs que a 'União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal' (art. 34), reservando para os Municípios um artigo em apartado (art. 35); c) o Distrito Federal tem, em plenitude, os três orgânicos Poderes estatais, ao passo que os Municípios somente dois (inciso I do art. 29); d) a Constituição tratou de maneira uniforme os Estados-membros e o Distrito Federal quanto ao número de deputados distritais, à duração dos respectivos mandatos, aos subsídios dos parlamentares, etc. (§ 3.° do art. 32); e) no tocante à legitimação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o STF, a Magna Carta dispensou à Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal o mesmo tratamento dado às Assembléias Legislativas estaduais (inciso IV do art. 103); f) no modelo constitucional brasileiro, o Distrito Federal se coloca ao lado dos Estados-membros para compor a pessoa jurídica da União; g) tanto os Estados-membros como o Distrito Federal participam da formação da vontade legislativa da União (arts. 45 e 46).

ADI 3.756/DF, rei. Min. Carlos Britto, 21.06.2007.

Brasília é a capital federal (CF, art. 18, § 1.º). Houve, nesse ponto, uma distinção em relação ao regramento da Constituição pretérita (CF/1969), que estabelecia o Distrito Federal (e não Brasília) como a capital da União.

6.5. Territórios Federais

Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em estado ou reintegração ao estado de origem serão reguladas em lei complementar (CF, art. 18, § 2.°).

Na vigência da Constituição Federal de 1988 os Territórios Federais não são entes federados, não dispõem de autonomia política, não integram o Estado Federal. São meras descentralizações administrativo-territoriais pertencentes à União.

Na vigência da Constituição anterior (CF/1969), os Territórios Federais eram considerados entes federativos. De fato, dispunha a pretérita Constituição Federal que a República Federativa do Brasil era constituída pela união indissolúvel dos estados, do Distrito Federal e *dos Territórios* (art. 1.º). A Constituição Federal de 1988 suprimiu os Territórios Federais como entes federativos e outorgou essa qualidade aos Municípios (art. l.°).

Não existem, atualmente, Territórios Federais, porque a própria Constituição transformou em estados os de Roraima e Amapá (ADCT, art. 14), e extinguiu o de Fernando de Noronha, reincorporando a sua área ao Estado de Pernambuco (ADCT, art. 15), únicos Territórios que ainda existiam.

Mas o texto constitucional reconhece a possibilidade de criação de Territórios Federais, sua ulterior transformação em estado ou sua reintegração ao estado de origem, consoante regulamentação que deve ser estabelecida em lei complementar federal (CF, art. 18, § 2.°). Caso venha a ser criado um Território, lei ordinária do Congresso Nacional disporá sobre sua organização administrativa e judiciária (CF, art. 33).

Na hipótese de virem a ser criados Territórios Federais, deverão ser observadas, dentre outras, as seguintes regras constitucionais:

a) os Territórios poderão, ou não, ser divididos em municípios; caso sejam divididos em municípios, estes gozarão de autonomia política e poderão, inclusive, ser objeto de intervenção federal (CF, arts. 33, § 1.°, e 35);

b) as contas do Governo do Território serão submetidas ao Congresso Nacional, com parecer prévio do Tribunal de Contas da União (CF, art. 33, § 2.°);

c) nos Territórios Federais com mais de cem mil habitantes, além do Governador, haverá órgãos judiciários de primeira e segunda instância, membros do Ministério Público e defensores públicos federais; a lei disporá sobre

as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa (CF, art. 33, § 3.°);

d) o governador do Território será escolhido pelo Presidente da República e seu nome deverá ser aprovado previamente, por voto secreto, após argüição pública, pelo Senado Federal (CF, art. 52, III, "c");

e) competem à União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em municípios, cumulativamente, os impostos municipais (CF, art. 147);

f) nos Territórios Federais, a jurisdição e as atribuições cometidas aos juizes federais caberão aos juizes da justiça local, na forma da lei (CF, art. 110, parágrafo único);

g) caberá à União a organização e manutenção do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da polícia civil, da polícia militar e do corpo de bombeiros militar dos Territórios (CF, art. 21, XIII e XIV);

h) cada Território elegerá quatro deputados federais (CF, art. 45, § 2.°);

i) caberá ao Congresso Nacional, por lei complementar, dispor sobre incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios, ouvidas as assembléias legislativas dos estados envolvidos (CF, arts. 18, §2.°, e 48, VI);

j) deputado ou senador poderá ser nomeado governador ou secretário de Território sem perda do mandato eletivo (CF, art. 56, I);

1) é de iniciativa privativa do Presidente da República, nos Territórios Federais, as leis que disponham sobre organização administrativa e judiciária, normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e servidores públicos, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade (CF, art. 61, § 1.°).

6.6. Formação dos estados

Vimos anteriormente que em um Estado Federal os entes que o compõem não dispõem do direito de secessão, isto é, os entes federados não podem se desgarrar do todo, do Estado Federal, para formar um novo Estado soberano. Essa preocupação, na Constituição Federal de 1988, está manifesta no seu art. 1.°, que dispõe que a República Federativa do Brasil é *indissolúvel.*

Entretanto, internamente, a divisão político-administrativa da República Federativa do Brasil não é imutável, perpétua. A estrutura territorial interna poderá ser modificada, por meio da alteração dos limites territoriais dos

diferentes entes federados existentes, na forma em que prevista no art. 18 da Lei Maior.

A Constituição Federal prevê a possibilidade de alteração da estrutura territorial interna dos estados-membros (CF, art. 18, § 3.º) e dos municípios (CF, art. 18, § 4.°). Embora não constituam entidades federadas, os Territórios Federais também poderão ser criados, transformados em estados ou reintegrados ao estado de origem (CF, art. 18, § 2.°). Não há previsão constitucional para a alteração territorial do Distrito Federal.

Estabelece a Constituição Federal que os estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, por plebiscito, e do Congresso Nacional, pela edição de lei complementar (CF, art. 18, § 3.°).

Esse dispositivo constitucional deve ser combinado com o inciso VI do art. 48, que faz referência à obrigatoriedade de manifestação das assembléias legislativas envolvidas.

São, portanto, três os requisitos para a incorporação, a subdivisão e o desmembramento de estado:

a) consulta prévia às populações diretamente interessadas, por meio de plebiscito;

b) oitiva das assembléias legislativas dos estados interessados;

c) edição de lei complementar pelo Congresso Nacional.

Conforme antes exposto, o plebiscito é convocado *anteriormente* a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido, enquanto o referendo é convocado *posteriormente* a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.

Para a alteração dos limites territoriais do estado, a consulta às populações interessadas deverá, obrigatoriamente, ser prévia, por meio de *plebiscito,* vedada a realização de consulta ulterior, por meio de referendo, mesmo que a Constituição do estado tenha previsto este meio de consulta.

Entende-se por população diretamente interessada tanto a do território que se pretende desmembrar, quanto a do que sofrerá desmembramento; em caso de fusão ou anexação, tanto a população da área que se quer anexar quanto a da que receberá o acréscimo (Lei n.° 9.709/1998, art. 7.°).

No tocante à oitiva das assembléias legislativas, temos o seguinte: (a) no caso de incorporação de estados entre si, devem ser ouvidas as assembléias dos estados que desejam incorporar-se; (b) no caso de subdivisão, para formação de

novos estados, só há uma assembléia a ser ouvida (a do Estado que pretende subdividir-se). Porém, se a subdivisão destinar-se à anexação a outro ou outros estados, as assembléias destes também deverão ser ouvidas, para dizerem se aceitam ou não a anexação; (c) no caso de desmembramento para formação de novo estado, só há uma assembléia a ser ouvida (a do Estado que se desmembra). Porém, se o desmembramento for para anexação a outro ou outros estados, as assembléias destes também deverão ser ouvidas.

Caso o resultado do plebiscito seja desfavorável, estará impossibilitado o procedimento, pois a aprovação das populações interessadas é condição indispensável para a modificação territorial. Porém, se o resultado do plebiscito for favorável, o Congresso Nacional decidirá, com plena soberania, pela aprovação ou não da lei complementar. Enfim, a reprovação no plebiscito impede o processo legislativo no Congresso Nacional, mas a aprovação plebiscitaria não obriga o Congresso Nacional, que poderá, ainda assim, decidir pela não-aprovação da lei complementar formalizando a incorporação, a subdivisão ou o desmembramento.

A consulta às assembléias legislativas tem função meramente opinativa, isto é, a opinião negativa ou positiva das assembléias legislativas não obriga o Congresso Nacional. Mesmo com manifestação negativa das assembléias legislativas poderá o Congresso Nacional editar a lei complementar aprovando a incorporação, a subdivisão ou o desmembramento. Da mesma forma, a manifestação positiva das assembléias legislativas não obriga o Congresso Nacional, que poderá, soberanamente, decidir pela não-aprovação da respectiva lei complementar.

Com base nas distinções elaboradas pelo Prof. Alexandre de Moraes, conceituamos, a seguir, as alterações territoriais autorizadas constitucionalmente.

Ocorre a *incorporação entre si* (fusão) quando dois ou mais estados se unem com outro nome, perdendo os estados incorporados sua personalidade, por integrarem um novo estado. Na fusão entre dois, três ou mais estados, eles perderão a sua personalidade e surgirá um novo estado. Seria o caso, por exemplo, da fusão dos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, desaparecendo estes e surgindo o novo *Estado do Sul.*

Ocorre a *subdivisão* quando um estado divide-se em vários novos estados-membros, todos com personalidades diferentes, desaparecendo por completo o estado-originário. Seria o caso, por exemplo, da divisão do Estado de São Paulo, que desapareceria, surgindo os novos Estados de *São Paulo do Sul* e *São Paulo do Norte.*

O *desmembramento* consiste em separar uma ou mais partes de um estado-membro, sem que ocorra a perda da identidade do ente federado originário. O estado originário perderá parte do seu território e de sua população, mas

continuará existindo juridicamente. O desmembramento poderá ser de dois tipos: *desmembramento-anexação* ou *desmembramento-formação.*

No *desmembramento-anexação,* a parte desmembrada será anexada a outro estado-membro, hipótese em que não haverá criação de um novo ente federado, mas tão-somente alteração dos limites territoriais dos estados envolvidos. Seria o caso, por exemplo, de parte do território do Estado de São Paulo desmembrar-se para se anexar ao Estado de Minas Gerais. Nesse caso, não haveria criação de um novo estado, mas sim alteração dos limites territoriais dos estados envolvidos, qual seja, o Estado de São Paulo teria o seu território reduzido e o Estado de Minas Gerais teria o seu território ampliado.

No *desmembramento-formação,* a parte desmembrada do estado-originário constituirá um novo estado ou Território Federal. Seria o caso, por exemplo, de desmembramento de parte do Estado do Rio Grande do Sul para a criação do novo *Estado do Extremo Sul.*

O procedimento de alteração dos limites territoriais dos estados está disciplinado na Lei n.° 9.709, de 18.11.1998, e obedecerá, em síntese, aos seguintes passos. O plebiscito será convocado mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, e deverá ser realizado na mesma data e horário em cada um dos estados. Proclamado o resultado da consulta plebiscitaria, sendo favorável à alteração territorial, o projeto de lei complementar respectivo será proposto perante qualquer das Casas do Congresso Nacional. Caberá à Casa perante a qual tenha sido apresentado o projeto de lei complementar proceder à audiência das respectivas assembléias legislativas, que opinarão, sem caráter vinculativo, sobre a matéria, e fornecerão ao Congresso Nacional os detalhamentos técnicos concernentes aos aspectos administrativos, financeiros, sociais e econômicos da área geopolítica afetada.[8] Ao final, uma vez aprovado o projeto de lei complementar pelas duas Casas do Congresso Nacional, será ele encaminhado ao Presidente da República, para sanção ou veto.

6.7. Formação dos municípios

Estabelece a Constituição Federal que a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos municípios envolvidos, após divulgação dos estudos de viabilidade municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

Atualmente, portanto, são cinco as medidas necessárias para a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios:

[8] Lei 9.709/1998, arts. 3° e 4.°.

a) aprovação de lei complementar federal fixando genericamente o período dentro do qual poderá ocorrer a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios;
b) aprovação de lei ordinária federal prevendo os requisitos genéricos exigíveis e a forma de divulgação, apresentação e publicação dos estudos de viabilidade municipal;
c) divulgação dos estudos de viabilidade municipal, na forma estabelecida pela lei ordinária federal acima mencionada;
d) consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos municípios envolvidos;
e) aprovação de lei ordinária estadual formalizando a criação, a incorporação, a fusão ou o desmembramento do município, ou dos municípios.

A consulta às populações interessadas deverá, obrigatoriamente, ser prévia, por meio de *plebiscito,* vedada a realização de consulta ulterior, por meio de referendo, mesmo que a Constituição do estado tenha previsto este meio de consulta.

O plebiscito destinado à criação, à incorporação, à fusão e ao desmembramento de municípios será convocado pela assembléia legislativa, de conformidade com a legislação federal e estadual.[9]

Entendem-se por populações dos municípios envolvidos tanto a do território que se pretende desmembrar quanto a do que sofrerá desmembramento; em caso de fusão ou anexação, tanto a população da área que se quer anexar quanto a da que receberá o acréscimo.[10]

Note-se que a alteração dos limites territoriais dos municípios depende, atualmente, da vontade do Congresso Nacional, haja vista que a alteração do território municipal somente poderá ocorrer dentro do período determinado por *lei complementar federal.* Enquanto não editada essa lei complementar pelo Congresso Nacional, não haverá nenhuma criação, incorporação, fusão ou desmembramento de município no Brasil.

6.8. Formação dos Territórios Federais

Os Territórios Federais integram a União e, embora não sejam entes federados, poderão ser criados, transformados em estado ou reintegrados ao estado de origem, nos termos de lei complementar (CF, art. 18, § 2.°).

A Constituição prevê, ainda, que os estados poderão desmembrar-se para formarem novos Territórios Federais, desde que mediante aprovação da população diretamente interessada, por plebiscito (CF, art. 18, § 3.°).

[9] Lei 9.709/1998, art. 5.°.
[10] Lei 9.709/1998, art. 7.°.

De seu turno, o inciso VI do art. 48 da Carta da República estabelece que cabe ao Congresso Nacional dispor sobre incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas assembléias legislativas.

Da combinação desses três dispositivos constitucionais, podemos concluir que a criação de um Território federal a partir do desmembramento de Estado depende de três requisitos:

a) aprovação da população diretamente interessada, por plebiscito;

b) manifestação da assembléia legislativa interessada;

c) edição de lei complementar pelo Congresso Nacional.

Nos demais aspectos do procedimento legislativo perante o Congresso Nacional, aplicam-se as disposições estudadas sobre a modificação territorial dos estados-membros, no que couber.

6.9. Vedações constitucionais aos entes federados

Determina a Constituição Federal que é vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público (CF, art. 19, I).

Conclui-se, portanto, que a República Federativa do Brasil é leiga ou laica, isto é, não podem a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios adotar uma religião oficial. Em razão desse fato, por exemplo, não pode ser adotada determinada fé religiosa em escola pública, nem pode ser estabelecida disciplina religiosa como obrigatória para todos os alunos de escola pública.

Todavia, o Brasil não é um Estado ateu. Com efeito, o próprio preâmbulo da Constituição refere-se a Deus, e há dispositivos constitucionais resguardando o direito à convicção religiosa (CF, arts. 5.°, VI; 150, VI, "b").

É, também, vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios recusar fé aos documentos públicos (CF, art. 19, II).

Os entes federativos compõem um único Estado, que é a República Federativa do Brasil, e, em conseqüência, não poderá um ente federativo recusar fé a documentos públicos reconhecidos como tais por órgão ou entidade competentes de outra entidade federativa, em razão de sua procedência. Esse dispositivo visa a garantir a unidade do Estado Federal, estabelecendo

que a fé pública é instituto nacional, que deverá ser respeitado por todos os entes que integram a Federação.

É vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si (CF, art. 19, III).

Esse dispositivo constitucional, em respeito à paridade jurídica existente entre os diferentes entes federativos, veda a criação de preferências entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios. Se não há subordinação, se não existe relação de hierarquia entre eles, não há razões para o estabelecimento de preferências entre si. Esse preceito é reforçado pela imunidade tributária recíproca, que veda aos entes federados a cobrança de impostos uns dos outros (CF, art. 150, VI, *a)*, e pelo princípio da não-discriminação tributária em razão da procedência ou destino de bens e serviços (CF, art. 152).

A disposição em comento (CF, art. 19, III) veda, também, a adoção de distinções entre brasileiros, em razão de sua naturalidade. O fato de o brasileiro ser natural de determinado estado, do Distrito Federal ou de certo município não autoriza a adoção de tratamento jurídico distinto, sob pena de ofensa, dentre outros, ao postulado da isonomia. Reforçam esse princípio, dentre outros, os seguintes comandos constitucionais: art. 5.°, I; art. 5.°, XV; art. 5.°, XLI; art. 150, II; art. 150, V.

7. INTERVENÇÃO FEDERAL

Vimos que o Estado Federal fundamenta-se no princípio da autonomia política das entidades que o compõem. Portanto, numa Federação, a regra é o exercício da autonomia pelos entes estatais (União, estados, Distrito Federal e municípios), com a existência de governo próprio e posse de competências constitucionais exclusivas, como bem preceitua o art. 18 da Carta Política.

Porém, a Constituição brasileira admite o excepcional afastamento dessa autonomia política, por meio da intervenção de uma entidade política sobre outra, diante do interesse maior de preservação da própria unidade da Federação. Por isso, nas palavras do Professor José Afonso da Silva, "intervenção é antítese da autonomia". Por meio dela afasta-se temporariamente a atuação autônoma do estado, Distrito Federal ou município que a tenha sofrido.

O processo de intervenção, conforme ensina o constitucionalista Alexandre de Moraes,

> consiste em medida excepcional de supressão temporária da autonomia de determinado ente federativo, fundada em hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional, e que visa

> à unidade e à preservação da soberania do Estado federado e das autonomias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Para o Ministro Celso de Mello,

> o mecanismo de intervenção constitui instrumento essencial à viabilização do próprio sistema federativo, e, não obstante o caráter excepcional de sua utilização - necessariamente limitada às hipóteses taxativamente definidas na Carta Política -, mostra-se impregnado de múltiplas funções de ordem político-jurídica, destinadas: (a) a tornar efetiva a intangibilidade do vínculo federativo; (b) a fazer respeitar a integridade territorial das unidades federadas; (c) a promover a unidade do Estado Federal e (d) a preservar a incolumidade dos princípios fundamentais proclamados pela Constituição da República.

Em nosso País somente podem ser sujeitos ativos de intervenção a União e os estados-membros. Não existe intervenção praticada por município ou pelo Distrito Federal. Cabe observar que, quando a União atua como sujeito ativo de intervenção, ela não está somente agindo na qualidade e no interesse da pessoa jurídica União, ordem jurídica parcial, mas, sim, no interesse e na defesa do Estado federal, como ordem jurídica global.

A União tem competência para intervir nos estados e no Distrito Federal. Em hipótese nenhuma a União intervirá em municípios localizados em estado-membro. A União só dispõe de competência para intervir diretamente em município se este estiver localizado em Território Federal (CF, art. 35).

Os estados são competentes unicamente para a intervenção nos municípios situados em seu território.

A intervenção - seja ela federal ou estadual - somente poderá efetivar-se nas hipóteses taxativamente descritas na Constituição Federal. Com efeito, uma vez que a Constituição outorga às entidades federadas a autonomia como princípio básico da forma de Estado federado, decorre daí que a intervenção é medida excepcional, e só poderá ser efetivada nas hipóteses taxativamente estabelecidas pela Constituição como exceção ao *princípio da não-intervenção* (arts. 34 e 35).

A intervenção funciona como meio de controle de constitucionalidade, uma vez que consubstancia medida coercitiva última para o restabelecimento da obediência à Carta da República por parte dos entes federativos.

A decretação da intervenção é um ato político, executado sempre, exclusivamente, pelo Chefe do Poder Executivo (Presidente da República ou Governador de Estado).

A intervenção federal poderá efetivar-se de maneira espontânea (de ofício) ou provocada, conforme explicitado nos itens seguintes.

7.1. Intervenção federal espontânea

Há intervenção espontânea (de ofício) nas hipóteses em que a Constituição autoriza que a intervenção seja efetivada diretamente, e por iniciativa própria, pelo Chefe do Executivo. O Chefe do Executivo, dentro de seu juízo de discricionariedade, decide pela intervenção e, de ofício, a executa, independentemente de provocação de outros órgãos.

São hipóteses de intervenção federal espontânea:

a) para a defesa da unidade nacional (CF, art. 34, I e II);

b) para a defesa da ordem pública (CF, art. 34, III);

c) para a defesa das finanças públicas (CF, art. 34, V).

Portanto, nessas hipóteses de intervenção espontânea (ou de ofício), previstas no art. 34, I, II, III e V, da Constituição Federal, o próprio Presidente da República poderá tomar a iniciativa e decretar a intervenção federal.

7.2. Intervenção federal provocada

Há intervenção provocada quando a medida depende de provocação de algum órgão ao qual a Constituição conferiu tal competência.

Nessas hipóteses, não poderá o Chefe do Executivo tomar a iniciativa e executar, de ofício, a medida. A intervenção dependerá da manifestação de vontade do órgão que recebeu tal incumbência constitucional.

Segundo a Constituição, a provocação poderá dar-se mediante "solicitação" ou "requisição".

Nos casos de **solicitação,** entende-se que o Chefe do Executivo não estará obrigado a decretar a intervenção. Ao contrário, diante de **requisição,** o Chefe do Poder Executivo não dispõe de discricionariedade, isto é, estará obrigado a decretar a intervenção.

A provocação mediante **requisição** está prescrita nos seguintes dispositivos constitucionais: art. 34, IV (requisição do STF), art. 34, VI (requisição do STF, STJ ou TSE), e art. 34, VII (requisição do STF).

A provocação mediante **solicitação** está prevista no art. 34, IV, na defesa dos Poderes Executivo ou Legislativo.

Conforme dito antes, nas intervenções provocadas, a Carta Política estabelece quem poderá dar início ao procedimento interventivo. O Chefe do Executivo não poderá, por si, dar início ao processo interventivo, baixando o competente decreto. Depende ele de iniciativa de algum órgão, conforme estabelecido na Constituição.

São os seguintes os órgãos que receberam a incumbência constitucional de iniciar o processo de intervenção:

a) Poder Legislativo (assembléia legislativa estadual ou Câmara Legislativa do Distrito Federal) ou Poder Executivo local (Governador de Estado ou do Distrito Federal);

Na hipótese do art. 34, IV, da Constituição ("garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação"), esses Poderes locais solicitarão ao Presidente da República a intervenção federal, a fim de que a União venha garantir o livre exercício de suas funções. Nessas hipóteses, a solicitação do Poder Legislativo ou Executivo local não vincula o Presidente da República, haja vista tratar-se de **solicitação (e** não de **requisição).**

Exemplificando, se o Poder Executivo no Estado de São Paulo estivesse sendo coagido ou ameaçado no exercício de suas atribuições, o Presidente da República não poderia, por sua iniciativa, decretar a intervenção federal nesse Estado. Dependeria ele de provocação do Poder Executivo estadual coacto ou impedido (o Governador do Estado teria que solicitar a intervenção). Nessa hipótese, como a provocação se dá por meio de **solicitação,** o Presidente da República **não** está obrigado a decretar a intervenção, decidindo com plena discricionariedade.

Esse mesmo exemplo é válido para a hipótese de ameaça ou coação ao Poder Legislativo local, fazendo-se a devida adequação quanto à autoridade solicitante (a solicitação será efetuada pela assembléia legislativa).

b) Supremo Tribunal Federal (STF);

Caso o Poder Judiciário local esteja sendo coagido (CF, art. 34, IV), o Tribunal de Justiça respectivo deverá solicitar ao STF que requisite a intervenção. O STF, se entender cabível, requisitará a intervenção federal ao Presidente da República, que estará obrigado a decretá-la, pois se cuida de hipótese de **requisição.**

Note-se que no caso de coação contra o Poder Judiciário local, o procedimento é absolutamente distinto daquele acima explicitado, aplicável à coação contra os Poderes Executivo e Legislativo. Primeiro, porque a provocação do Presidente da República não será feita pelo Poder Judiciário local, mas sim pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo, porque a provocação não se dará por meio de solicitação, mas sim por **requisição,** o que implica dizer

que o Presidente da República estará obrigado a decretar a intervenção, não dispondo de nenhuma discricionariedade.

Na prática, em caso de coação contra o Poder Judiciário estadual, cabe ao Tribunal de Justiça local provocar o Supremo Tribunal Federal, que, se assim entender, requisitará a intervenção ao Presidente da República. Conforme aludido acima, diferentemente das hipóteses de coação ou impedimento dos demais Poderes - Executivo e Legislativo -, o Poder Judiciário local não tem competência para provocar, diretamente, o Presidente da República.

c) STF, STJ ou TSE;

No caso de desobediência à ordem ou decisão judicial (CF, art. 34, VI), a intervenção dependerá da requisição de um desses tribunais ao Presidente da República, de acordo com a origem da decisão descumprida.

Se o descumprimento for de ordem ou decisão da Justiça Eleitoral, caberá ao Tribunal Superior Eleitoral - TSE a requisição.

Se o descumprimento for de ordem ou decisão do Superior Tribunal de Justiça - STJ, caberá a ele a requisição.

Se o descumprimento for de ordem ou decisão do Supremo Tribunal Federal - STF, da Justiça do Trabalho ou da Justiça Militar, caberá ao STF a requisição.

Quando o descumprimento for de ordem ou decisão da Justiça Federal ou da Justiça Estadual, estando envolvidas exclusivamente questões **legais** (infraconstitucionais), caberá a requisição ao STJ (porque essas decisões, em tese, somente estariam sujeitas a recurso especial ao STJ, não a recurso extraordinário ao STF). Diferentemente, caso o descumprimento seja de ordem ou decisão da Justiça Federal ou da Justiça Estadual, mas envolva matéria **constitucional,** a competência para a requisição será do STF (porque caberia recurso extraordinário dessas decisões ao STF).

Vale repisar que, conforme antes exposto, nas hipóteses de descumprimento de ordem ou decisão da Justiça do Trabalho e da Justiça Militar a requisição cabe ao STF, mesmo que haja unicamente questões infraconstitucionais envolvidas (porque as decisões da Justiça do Trabalho e da Justiça Militar em nenhuma circunstância estão sujeitas a Recurso especial perante o STJ).

Nessas hipóteses, as requisições do STJ, do TSE e do STF serão encaminhadas diretamente ao Presidente da República.

No tocante à iniciativa desses Tribunais, determina a lei que a requisição de intervenção federal prevista no inciso II do art. 36 da Constituição Federal será promovida:"

[11] Lei 8.038/1990, art. 19.

(i) de ofício, ou mediante pedido, feito ao STJ, por presidente de Tribunal de Justiça do estado, ou presidente de tribunal federal, quando se tratar de prover a execução de ordem ou decisão judicial, com ressalva, conforme a matéria, da competência do STF ou TSE;

(ii) de ofício, ou mediante pedido da parte interessada, quando se tratar de prover a execução de ordem ou decisão do STJ.

De acordo com as regras legais acima expostas, temos o seguinte, no tocante às requisições de competência do STJ.

Quando se tratar de prover a execução de ordem ou decisão judicial oriundas da Justiça Estadual e da Justiça Federal (controvérsias envolvendo questões exclusivamente infraconstitucionais), o STJ poderá requisitar a intervenção ao Presidente da República de ofício (mediante iniciativa do próprio STJ) ou a partir de pedido a ele dirigido pelos presidentes do Tribunal de Justiça - TJ e do Tribunal Regional Federal - TRF, conforme o caso. Nessa situação, a parte interessada na decretação da intervenção **não** poderá ingressar com o pedido diretamente perante o STJ; deverá fazê-lo ao presidente do TJ ou do TRF, conforme o caso, e esses presidentes dos tribunais é que darão entrada no pedido perante o STJ.

Quando se tratar de prover a execução de ordem ou decisão do próprio STJ, este Tribunal poderá requisitar a intervenção ao Presidente da República de ofício, ou a partir de pedido da parte interessada. Note-se que, nesse caso, a parte interessada poderá ingressar com o pedido de intervenção diretamente perante o STJ.

O mesmo raciocínio deve ser seguido no tocante às requisições de competência do TSE e do STF. Assim, por exemplo, quanto às requisições de competência do STF, a parte interessada somente poderá ingressar com o pedido diretamente neste Tribunal quando a ordem ou decisão a ser provida for oriunda do próprio STF. Nas demais hipóteses, a parte interessada na intervenção não poderá se dirigir diretamente ao STF; ela deverá fazer o pedido ao presidente do respectivo tribunal (local, federal, trabalhista ou militar, conforme o caso) para que ele o encaminhe ao Supremo Tribunal Federal.

d) Procurador-Geral da República.

No caso de recusa à execução de lei federal (CF, art. 34, VI) e de ofensa aos "princípios sensíveis" (CF, art. 34, VII), a intervenção dependerá de representação interventiva do Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 36, III, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.° 45/2004).

Na primeira hipótese - recusa à execução de lei federal - teremos a chamada *ação de executoriedade de lei federal*, porquanto não se visa à de-

claração da inconstitucionalidade do ato, mas sim de obrigar o ente federado ao cumprimento da lei.

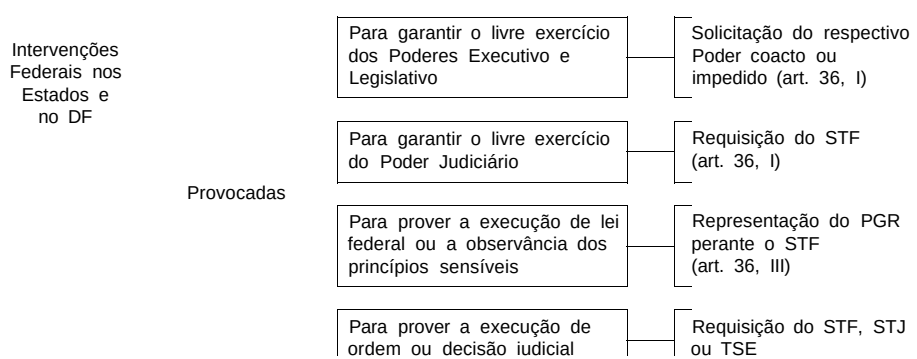
No segundo caso - ofensa aos princípios sensíveis - teremos a denominada *representação interventiva* ou *ação direta de inconstitucionalidade interventiva*, pois a provocação do Poder Judiciário tem por fim a declaração da inconstitucionalidade do ato ilegítimo praticado pelo ente federado.

Cabe ressaltar que, nessas hipóteses de representação do Procurador-Geral da República, o Supremo Tribunal Federal não decretará a intervenção. Decretar e executar a intervenção é competência privativa do chefe do Poder Executivo (CF, art. 84, X). Cabe ao Poder Judiciário, tão-somente, realizar o controle de constitucionalidade da pretendida medida de afastamento da autonomia do ente federado. Então, teremos o seguinte: (a) caso seja negado provimento à representação, o Supremo Tribunal Federal determinará o arquivamento do processo, encerrando-se o intento de decretação de intervenção pelo Presidente da República, sem que ela ocorra; (b) se for dado provimento à representação, o Supremo Tribunal Federal provocará o Presidente da República, para o fim de expedição do decreto interventivo; nessa hipótese, a atuação do Presidente da República é **vinculada,** cabendo a ele a mera formalização de uma decisão tomada pelo Poder Judiciário.

Entretanto, se por um lado é certo que a atuação do Presidente da República, nessa hipótese, é vinculada, por outro não é correto afirmar que de sua atuação sempre redundará intervenção efetiva no ente federado. Deveras, o Presidente da República deverá, obrigatoriamente, expedir o decreto interventivo - que nem precisará ser submetido ao Congresso Nacional (afinal, a questão já foi apreciada pelo STF) -, mas tal decreto não necessariamente redundará no afastamento da autonomia do ente federado. Isso porque, consoante o § 3.° do art. 36, se a mera suspensão da execução do ato impugnado for suficiente para assegurar o restabelecimento da normalidade, o decreto interventivo editado pelo chefe do Executivo limitar-se-á a esta providência - suspender a execução do ato local impugnado. Não se terá, dessarte, uma efetiva intervenção, com afastamento da autonomia do ente federado, mas tão-só a suspensão do ato local impugnado, isto é, o decreto interventivo será, a rigor, um decreto meramente suspensivo da execução de um ato local. Assim, se a suspensão da execução do ato local bastar ao restabelecimento da normalidade, evita-se a decretação da efetiva intervenção no ente federado, em respeito à sua autonomia política (afinal, o objetivo último de todo o procedimento é o restabelecimento da normalidade no âmbito do ente federado, e não o afastamento de sua autonomia). Entretanto, caso o decreto meramente suspensivo não seja suficiente ao restabelecimento da normalidade, o Presidente da República estará obrigado a executar uma efetiva intervenção, pois se trata de hipótese de **requisição,** e não de simples solicitação.

Exemplificando, suponhamos que o Estado da Bahia, em razão de conflitos de ordem política, esteja repassando a certos municípios de seu território, em valor menor do que o devido e com atraso, as receitas tributárias obrigatórias determinadas pela Constituição Federal (CF, art. 158, III e IV), violando, portanto, a **autonomia municipal,** princípio sensível da ordem federativa (CF, art. 34, VII, "c"). Nessa situação, o Presidente da República não poderá, por sua iniciativa, decretar a intervenção no Estado. Dependerá ele da iniciativa, mediante representação, do Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal. Caso o Procurador-Geral da República represente e o Supremo Tribunal Federal dê provimento à representação, o Presidente da República será provocado pelo Supremo Tribunal Federal, para que expeça, obrigatoriamente, o decreto interventivo. Uma vez provocado, o Presidente da República deverá, nos termos do § 3.° do art. 36 da Constituição Federal, baixar decreto suspensivo, sem necessidade de submetê-lo à apreciação do Congresso Nacional, determinando o repasse, correto e sem atrasos, das receitas tributárias devidas aos municípios. Se, por força desse decreto suspensivo, o repasse das receitas tributárias aos aludidos municípios baianos for normalizado, não haverá efetiva intervenção no Estado. Entretanto, caso o Estado da Bahia persista na irregularidade, o Presidente da República estará obrigado a executar a intervenção.

— i-SLiui **uai** ícao — CHI. ot, i a v


Intervenções Federais nos Estados e no DF
Provocadas
Para garantir o livre exercício dos Poderes Executivo e Legislativo
Solicitação do respectivo Poder coacto ou impedido (art. 36, I)
Para garantir o livre exercício do Poder Judiciário
Requisição do STF (art. 36, I)
Para prover a execução de lei federal ou a observância dos princípios sensíveis
Representação do PGR perante o STF (art. 36, III)
Para prover a execução de ordem ou decisão iudicial
Requisição do STF, STJ ou TSE

7.3. Decreto interventivo

A intervenção federal será implementada mediante decreto expedido pelo Presidente da República, que, uma vez publicado, terá eficácia imediata, legitimando os demais atos do chefe do Executivo na execução da medida.

O decreto interventivo especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução da intervenção c, se for o caso, nomeará temporariamente o interventor, com o conseqüente afastamento das autoridades locais de suas funções (CF, art. 36, I).

Note-se que a intervenção pode, ou não, implicar necessidade de nomeação de interventor. Com efeito, a intervenção poderá atingir diferentes órgãos do ente federado. Assim, se a intervenção ocorrer no Poder Executivo, a nomeação do interventor será necessária, para que ele exerça as funções do governador. Diferentemente, caso a intervenção restrinja-se ao Poder Legislativo, tornar-se-á desnecessário haver um interventor, desde que o ato de intervenção atribua, desde logo, as funções legislativas ao chefe do Poder Executivo local. Se a intervenção abranger os Poderes Executivo e Legislativo, a nomeação de interventor será necessária, para que ele assuma as funções executivas e legislativas.

Nas hipóteses de intervenção não-vinculada (espontâneas e provocadas mediante *solicitação),* o Presidente da República ouvirá os Conselhos da República (CF, art. 90, I) e de Defesa Nacional (CF, art. 91, § 1.°, II), que opinarão a respeito.

A manifestação dos Conselhos **não** obriga o Presidente da República. Ouvidos tais Conselhos, decidirá o Presidente da República, discricionariamente, sobre a decretação da intervenção.

A intervenção será sempre temporária e, cessados os seus motivos, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal (CF, art. 36, § 4.°). O impedimento legal das autoridades locais poderá advir, dentre outros motivos, do término normal dos mandatos, da cassação dos mandatos ou da suspensão ou perda dos direitos políticos, o que impede a reassunção do cargo. Nesses casos, cessada a intervenção, deverão assumir os cargos as autoridades que a Constituição do ente federado indicar como sucessor.

Vale lembrar que, durante a execução da intervenção federal, a Constituição Federal não poderá ser emendada (CF, art. 60, § 1.°).

7.4. Controle político

O decreto presidencial de intervenção deverá ser submetido à apreciação do Congresso Nacional no prazo de vinte e quatro horas. Se o Congresso estiver em recesso, será convocado extraordinariamente, no mesmo prazo de vinte e quatro horas.

Importante destacar que o chefe do Executivo **não** solicita autorização ao Congresso Nacional para decretar a intervenção. Ele decreta a intervenção e

as medidas interventivas já começam a ser praticadas desde a decretação. Em seguida, ele submete a medida adotada à apreciação do Congresso Nacional, que a aprovará, por decreto legislativo, ou determinará a sua suspensão. Por isso o texto constitucional diz que compete ao Congresso Nacional "aprovar" ou "suspender" a intervenção federal (art. 49, IV).

Como se vê, a apreciação do Congresso Nacional envolve julgamento de aprovação ou rejeição. A aprovação é efetivada mediante a expedição de um **decreto legislativo** pelo Congresso Nacional. Caso o Congresso Nacional não aprove a decretação da intervenção, esta passará a ser ato inconstitucional, e deverá cessar imediatamente, porque, se for mantida, constituirá atentado contra a autonomia do ente federado, caracterizando crime de responsabilidade do Presidente da República.

Porém, nem todo decreto interventivo será apreciado pelo Poder Legislativo. Não há controle político do Congresso Nacional naquelas hipóteses de intervenção decididas pelo Poder Judiciário, em que o Presidente da República é provocado mediante **requisição,** cabendo-lhe meramente adotar a medida interventiva (atividade vinculada). Com efeito, conforme visto anteriormente, nas hipóteses previstas no art. 34, VI (prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial) e VII (ofensa aos princípios sensíveis), o controle político pelo Legislativo será dispensado, e o decreto de intervenção limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade, isto é, se for suficiente para eliminar a ofensa aos princípios constitucionais indicados (CF, art. 36, § 3.°).

Contudo, se a normalidade não puder ser restabelecida pela simples suspensão do ato, o decreto não se limitará a essa providência, devendo especificar quantas forem necessárias ao restabelecimento da normalidade. Não se trata de faculdade do Presidente da República, mas de obrigação a ele imposta, porquanto as hipóteses citadas são de **requisição** feita por tribunal do Poder Judiciário.

Note-se que a Constituição Federal só dispensa a apreciação do Congresso Nacional nas hipóteses do art. 34, VI (prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial) e VII (ofensa aos princípios sensíveis), que são casos de intervenção provocada a partir de requisição do Poder Judiciário. Porém, entendemos que a desnecessidade de apreciação do decreto interventivo pelo Congresso Nacional alcança, também, a hipótese do art. 34, IV ("garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação"), quando a coação for contra o **Poder Judiciário local.** Isso porque, nessa situação, a decretação da intervenção dependerá de **requisição** do Supremo Tribunal Federal, não fazendo sentido, portanto, falar-se em ulterior controle da decisão da Corte Maior pelo Congresso Nacional. Essa nos parece ser a correta interpretação, diante da omissão do legislador constituinte.

7.5. Controle jurisdicional

Não existe, propriamente, controle jurisdicional sobre o ato de intervenção, tampouco sobre esta, haja vista tratar-se de ato de natureza eminentemente política, insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário.

Entretanto, poderá haver fiscalização do Poder Judiciário nas hipóteses de manifesta violação às normas constitucionais que regulam o procedimento (arts. 34 a 36), e também quando a suspensão da intervenção tenha sido determinada pelo Congresso Nacional mas ela permaneça sendo executada, pois, nesse caso, conforme visto acima, o ato perde sua legitimidade e se torna inconstitucional.

Poderá ocorrer, ainda, controle pelo Poder Judiciário dos atos praticados pelo interventor, quando prejudiquem interesses de terceiros.

8. INTERVENÇÃO NOS MUNICÍPIOS

Os estados-membros poderão intervir nos municípios localizados em seu território, mediante a expedição de decreto pelo Governador.

A intervenção em município localizado em Território Federal é da competência da União, que o fará por meio de decreto do Presidente da República.

Ressalvada a hipótese de intervenção federal em município localizado em Território Federal, todas as intervenções em município serão decretadas e executadas pelos estados. Em nenhuma hipótese haverá intervenção da União em município localizado em Estado-membro.

As hipóteses que autorizam a intervenção estadual estão enumeradas no art. 35 da Constituição Federal, aplicando-se a essa intervenção as mesmas regras atinentes à intervenção federal (decreto do Chefe do Executivo, controle político pelo Legislativo, temporalidade etc).

Na hipótese de intervenção prevista no inciso IV do art. 35,[12] a decretação da intervenção dependerá de provimento pelo Tribunal de Justiça de representação interventiva do Procurador-Geral de Justiça (Chefe do Ministério Público do estado), e, nos termos do art. 36, § 3.°, será dispensada a apreciação pela assembléia legislativa.

"IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial."

Segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, a decisão do Tribunal de Justiça na representação interventiva para viabilizar a intervenção estadual no Município reveste-se de caráter político-administrativo, sendo, portanto, definitiva. Significa dizer que contra a decisão do Tribunal de Justiça, proferida na representação interventiva, **não** cabe recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal.

Essa matéria restou consolidada no enunciado da Súmula n.° 637 do Supremo Tribunal Federal: "Não cabe recurso extraordinário contra acórdão de Tribunal de Justiça que defere pedido de intervenção estadual em Município."

Capítulo 5

REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

1. NOÇÕES

Em um Estado do tipo federado, a autonomia dos entes federativos pressupõe repartição, constitucionalmente estabelecida de competências administrativas, legislativas e tributárias.

Repartição de competências é, pois, a técnica que a Constituição utiliza para partilhar entre os entes federados as diferentes atividades do Estado federal. Trata-se do ponto nuclear do conceito jurídico de Estado federal, haja vista que a autonomia dos entes federativos assenta-se, precisamente, na existência de competências que lhes são atribuídas como próprias diretamente pela Constituição da Federação.

Com efeito, o constituinte originário, quando decide fundar um Estado do tipo federado, estabelece um determinado equilíbrio entre os entes que o integrarão mediante a outorga a cada qual de um conjunto de atribuições próprias, de modo que a esfera de atuação dos entes federados e as relações de coordenação e colaboração entre eles esteja, desde logo, bem delineada na Constituição do Estado. Essa estruturação confere autonomia política aos entes federativos, e assegura isonomia entre eles, uma vez que nenhum ente federado dependerá da decisão de outro quanto ao que lhe cabe, ou não, fazer; o conjunto de atribuições de cada um está delineado desde o momento de fundação do Estado, compondo a própria estrutura política deste; cada ente federado atua não por decisão, favor ou delegação[1] de quaisquer outros, mas,

[1] Como veremos à frente, existe, sim, possibilidade de delegação de atribuições especificas de um ente a outro, mas em nenhuma hipótese a totalidade das atribuições de um ente

sim, por lhe haver a própria Constituição do Estado outorgado, diretamente, um conjunto definido de competências.

No Brasil, a repartição de competências está prevista no texto constitucional, o que consubstancia uma importante garantia, em virtude da rigidez da Constituição da República. Porém, o modelo delineado pelo legislador constituinte originário **não** é perpétuo, pois não integra o núcleo inabolível da Constituição, isto é, não está protegido com o manto de cláusula pétrea.

De fato, o modelo de repartição de competências estabelecido pelo poder constituinte originário pode ser modificado por meio de emenda à Constituição, desde que essa modificação não seja de tal magnitude que implique tendência à abolição da forma federativa de Estado; apenas se uma emenda à Constituição intentasse um rearranjo de competências tão abrangente que viesse a configurar ruptura do equilíbrio federativo incorrer-se-ia em violação de cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4.°, I).

1.1. Modelos de repartição

São dois os modelos básicos de repartição de competências: o *modelo horizontal* e o *modelo vertical.*

O traço marcante da *repartição horizontal* é a inexistência de subordinação ou hierarquização entre os entes federados no exercício da competência. Cada ente é dotado de plena autonomia para exercer, sem ingerência dos demais, a competência quanto às matérias que a Constituição lhe atribui. É o caso das competências estabelecidas nos arts. 21, 22, 23, 25 e 30 da Constituição Federal.

Ocorre a *repartição vertical* quando a Constituição outorga a diferentes entes federativos a competência para atuar sobre as mesmas matérias, mas estabelece uma relação de subordinação entre o tipo de atuação previsto para cada um. Os entes federados atuam sobre as mesmas matérias, mas não dispõem dos mesmos poderes nessa tarefa.

Dessa forma, o traço característico da *repartição vertical* é a existência de uma relação de subordinação entre os níveis de atuação atribuídos aos diferentes entes federados quanto às matérias situadas em seu âmbito. E o caso da **competência legislativa concorrente,** outorgada à União, aos estados e ao Distrito Federal (CF, art. 24). Nos parágrafos do art. 24 da Constituição Federal está definido o campo de atuação de cada um dos entes federados aos quais foi atribuída essa competência concorrente: à União compete editar

federado pode depender de delegação de outro; em um Estado federado é necessário que cada ente federativo tenha atribuições originárias conferidas pela própria Constituição do Estado.

normas gerais, normas de abrangência geral, que estabelecerão as grandes linhas de orientação normativa acerca das matérias arroladas nos incisos do citado art. 24; aos estados e ao DF, caso existam as normas gerais, compete unicamente complementá-las, mediante edição de normas específicas, sem possibilidade de contrariar as diretrizes estabelecidas pela União com a edição das normas gerais.

De uma forma geral, o modelo horizontal leva a uma rigidez mais acentuada no que concerne à esfera de atuação das entidades políticas. A distribuição vertical de competências proporciona maior proximidade e colaboração entre os entes federados, uma vez que eles devem atuar no âmbito da mesma matéria, de forma complementar.[2] Em que pese essa constatação, na Constituição Federal de 1988, conquanto tenham sido adotados os dois modelos de repartição de competência, predomina o modelo horizontal. A competência legislativa concorrente, disciplinada no art. 24, é o exemplo de repartição vertical de competências em nosso ordenamento constitucional atual.

1.2. Espécies de competências

As competências são tradicionalmente classificadas em *competências administrativas*, *competências legislativas* e *competências tributárias.*

As *competências administrativas* (materiais ou não-legislativas) especificam o campo de atuação político-administrativa do ente federado. São competências para a atuação efetiva, para executar tarefas, para a realização de atividades concernentes às matérias nelas consignadas. Por exemplo, a Constituição Federal outorga à União competência exclusiva para a emissão de moeda (CF, art. 21, VII), bem como competência comum a todos os entes federados para proteger as florestas, a flora e a fauna (CF, art. 23, VII).

As *competências legislativas,* como a própria denominação indica, estabelecem o poder para normatizar, para estabelecer normas sobre as respectivas matérias. Não dizem respeito à atuação em si, à execução de uma atividade, mas sim à edição das normas que regularão determinada atuação.

Um exemplo auxilia a compreensão. A Constituição Federal estabelece a competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (CF, art. 22, XI). Não significa que somente a União atuará, administrativamente, sobre essa matéria. Os demais entes federados também exploram serviços de transporte, porém, não podem legislar sobre trânsito e transporte. Enfim, os demais entes federados também atuam na prestação de serviços

[2] Na legislação concorrente, os Estados e o Distrito Federal têm competência para suplementar as normas gerais expedidas pela União.

de transporte (competência administrativa), mas não podem editar normas sobre essa matéria. Deverão eles, ao prestar esses serviços, observar as regras editadas pela União, com base na sua competência legislativa privativa (CF, art. 22, XI).

A *competência tributária* diz respeito ao poder de instituir tributos, que é outorgado a todos os entes federativos, como uma das formas de assegurar sua autonomia. Com efeito, a autonomia política dos entes federados resultaria sobremaneira enfraquecida, caso desacompanhada de autonomia financeira, a qual é efetivamente assegurada pela fixação constitucional de competências tributárias próprias. A competência tributária está disciplinada em capítulo próprio da Constituição Federal (Capítulo I do Título VI).

1.3. Técnica adotada pela CF/88

Na Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte adotou como critério ou fundamento para a repartição de competências entre os diferentes entes federativos o denominado *princípio da predominância do interesse.*

Esse princípio impõe a outorga de competência de acordo com o interesse predominante quanto à respectiva matéria. Parte-se da premissa de que há assuntos que, por sua natureza, devem, essencialmente, ser tratados de maneira uniforme em todo o País e outros em que, no mais das vezes, é possível ou mesmo desejável a diversidade de regulação e atuação do Poder Público, ou em âmbito regional, ou em âmbito local.

Na República Federativa do Brasil temos um ente federado nacional (União), entes federados regionais (estados) e entes federados locais (municípios). Logo, se a matéria é de *interesse predominantemente geral*, a competência é outorgada à União. Aos estados são reservadas as matérias de *interesse predominantemente regional.* Cabe aos municípios a competência sobre as matérias de *interesse predominantemente local.*

Um exemplo que facilita a compreensão da aplicação do *princípio da predominância do interesse é* o que ocorre com a prestação de serviços de transporte público de passageiros. Se o transporte é intramunicipal, de interesse nitidamente local, a competência para sua exploração é do respectivo município. Caso o transporte seja intermunicipal (intraestadual), a competência será do estado-membro, por envolver interesse predominantemente regional. Se o transporte é interestadual ou internacional, há predominância do interesse geral, cabendo sua exploração, portanto, à União.

Ao Distrito Federal, em razão da vedação à sua divisão em municípios, foram outorgadas, em regra, as competências legislativas, tributárias e administrativas dos estados e dos municípios (CF, art. 32, § 1.º).

Norteado pelo *princípio da predominância do interesse,* o legislador constituinte repartiu as competências entre os entes federados da seguinte forma:

a) enumerou taxativa e expressamente a competência da União - a denominada *competência enumerada expressa* (arts. 21 e 22, principalmente);

b) enumerou taxativamente a competência dos municípios (art. 30, principalmente), mediante arrolamento de competências expressas e indicação de um critério de determinação das demais, qual seja, o interesse local (legislar sobre assuntos de interesse local; organizar e prestar os serviços públicos de interesse local - art. 30, I e V);[3]

c) outorgou ao Distrito Federal, em regra, as competências dos estados e dos municípios (art. 32, § 1.º);

d) não enumerou expressamente as competências dos estados-membros, reservando a estes as competências que não lhes forem vedadas na Constituição - a denominada *competência remanescente, não-enumerada* ou *residual* (art. 25, § 1.º);

e) fixou uma competência administrativa comum - em que todos os entes federados poderão atuar paralelamente, em situação de igualdade (art. 23);

f) fixou uma competência legislativa concorrente - estabelecendo uma concorrência vertical legislativa entre a União, os estados e o Distrito Federal (art. 24).

Esse modelo de partilha constitui a regra para a divisão das chamadas competências materiais entre os entes federativos. Não deve, porém, ser entendido como inflexível, absoluto.

Assim, embora a regra seja a outorga da competência sobre as matérias de interesse local aos municípios, não se pode afirmar que todos os assuntos de interesse local tenham sido outorgados a esses entes federativos. A exploração do gás canalizado, por exemplo, constitui matéria de interesse predominantemente local que, porém, foi outorgada aos estados-membros (CF, art. 25, § 2.°).

A técnica adotada para a fixação das competências dos municípios é nitidamente diversa da utilizada para a União. No caso da União, as competências administrativas e legislativas foram, uma a uma, enumeradas de forma expressa, com explicitação da matéria que constitui o respectivo objeto. No caso dos municípios, ao lado da discriminação de matérias explícitas, há indicação de critério para determinação das demais competências legislativas e administrativas, cujas matérias não estão explicitadas; simplesmente indica-se o critério "interesse local", como ocorre nos incisos I e V do art. 30. Apesar dessa diferença incontroversa, há autores que se referem à técnica constitucional de outorga de competências aos municípios como "competência enumerada expressa", expressão idêntica à utilizada para descrever a discriminação constitucional de competências da União.

Em regra, a competência dos estados-membros não foi expressamente enumerada no texto constitucional, sendo-lhes atribuída a denominada *competência residual, reservada* ou *remanescente* (CF, art. 25, § 1.º). Porém, é incorreto asseverar que a Constituição Federal não tenha enumerado expressamente nenhuma competência dos estados. Com efeito, a eles foi conferida, expressamente, a competência para a exploração do gás canalizado (CF, art. 25, § 2.°) e para a criação, mediante lei complementar, de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (CF, art. 25, § 3.°).

Deve-se anotar, ainda, que, conquanto a regra seja a outorga da competência *reservada, residual* ou *remanescente* aos estados-membros (CF, art. 25, § 1.º), em **matéria tributária** é a União que dispõe de competência residual, para a instituição de novos impostos (CF, art. 154, I) e de novas contribuições de seguridade social (CF, art. 195, § 4.°).

Por fim, cabe ressaltar que o Estado federal brasileiro tem por marca uma forte centralização de competências na União, conforme examinaremos nos itens seguintes. Vale dizer, embora tenha sido adotado o modelo clássico de partilha de competências entre a União e os estados-membros - enunciando expressamente as competências daquela e reservando as remanescentes a estes -, o fato é que as competências enumeradas da União, especialmente nos arts. 21 e 22 da Constituição, praticamente aniquilam a denominada competência remanescente dos estados, estabelecida no § 1.° do art. 25.[4]

Com efeito, nas federações clássicas a regra é os estados receberem o máximo de competências legislativas e administrativas, enumerando-se à União somente aquelas imprescindíveis à manutenção da unidade do próprio Estado federal. É o caso, por exemplo, da Federação dos Estados Unidos da América, em que os estados-membros dispõem de ampla competência legislativa, podendo regular importantes ramos do Direito, como o civil e o penal. Por força dessa larga competência legislativa conferida aos estados norte-americanos é que temos, dentre eles, alguns que admitem a pena de morte, enquanto outros não; alguns que impõem restrições ao divórcio, enquanto outros o admitem etc.

[4] Essa forte concentração de competências na União leva o professor Celso Bastos a afirmar que a outorga de competência remanescente aos estados-membros ganhou, na vigente Constituição, "ares de verdadeira irrisão, provocando mesmo a mofa e a galhofa. Isso porque são tão amplas as competências atribuídas a títulos diversos à União, que a participação do Estado se torna evanescente".

Técnica adotada pela CF/88

União - Competência enumerada expressa (arts. 21 e 22)

Municípios - Competência enumerada expressa (art. 30)

Distrito Federal - Competências estaduais e municipais (art. 32, § 1º)

Estados - Competência Remanescente, não enumerada (art. 25, § 1º)

Competência administrativa comum à União, aos estados, ao DF e aos municípios (art. 23)

Competência legislativa concorrente entre a União, os estados e o DF (art. 24)

COMPETÊNCIAS DA UNIÃO

As principais competências enumeradas da União estão previstas nos arts. 21 e 22 da Constituição Federal.

0 art. 21 da Constituição Federal estabelece a denominada competência *exclusiva da União,* ao dispor que compete à União:

1 - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;

II - declarar a guerra e celebrar a paz;

III - assegurar a defesa nacional;

IV - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;

V - decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal;

VI - autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico;

VII - emitir moeda;

VIII - administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada;

IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de estado ou Território; os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; os portos marítimos, fluviais e lacustres;

XIII - organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios;

XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio;

XV - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional;

XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;

XVII - conceder anistia;

XVIII - planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações;

XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso;

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

XXI - estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação;

XXII - executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: (a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional; (b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais; (c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas; (d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho;

XXV - estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa.

Trata-se de competências administrativas, nas quais a União deverá atuar com absoluta exclusividade, não havendo, sequer, autorização constitucional para a delegação a outros entes federativos. Sua principal característica é, pois, a *indelegabilidade.*

Com efeito, não há previsão constitucional para que a União delegue o exercício de sua *competência exclusiva* aos estados, ao Distrito Federal ou aos municípios. Os demais entes federativos não poderão, tampouco, atuar no âmbito das respectivas matérias no caso de omissão da União. Assim, se a União não executar os serviços de polícia marítima (CF, art. 21, XXII), não há possibilidade de que os demais entes federados supram essa omissão; se a União não autorizar a produção e o comércio de material bélico (CF, art. 21, VI), não poderão os demais entes federativos fazê-lo a pretexto de suprir a inércia federal; e assim por diante.

0 art. 22 da Constituição Federal estabelece a competência *privativa da União,* ao dispor que compete privativamente à União legislar sobre:

1 - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

II - desapropriação;

III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

V - serviço postal;

VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;

VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;

VIII - comércio exterior e interestadual;

IX - diretrizes da política nacional de transportes;

X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

XI - trânsito e transporte;

XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização;

XIV - populações indígenas;

XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;

XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;

XVII - organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes;

XVIII - sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais;

XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;

XX - sistemas de consórcios e sorteios;

XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;

XXII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais;

XXIII - seguridade social;

XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;

XXV - registros públicos;

XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza;

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, estados, Distrito Federal e municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1.º, III;

XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional;

XXIX - propaganda comercial.

Trata-se de competências legislativas, para a edição de normas sobre as matérias acima enumeradas. Os estados, o Distrito Federal e os municípios não dispõem de competência para legislar sobre as matérias arroladas no art. 22, sob pena de inconstitucionalidade.

É oportuno, aliás, registrar que o Supremo Tribunal Federal, tendo em conta a competência estabelecida no inciso XX transcrito acima, editou a **Súmula Vinculante n.° 2,** cujo enunciado reproduzimos abaixo:

> É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

Mesmo diante da omissão da União na expedição de normas sobre as matérias de sua competência privativa, os demais entes federativos não podem editar leis visando a suprir a inércia legislativa federal. Assim, se a União não edita lei estabelecendo as hipóteses e os procedimentos para desapropriação,

não poderão os estados-membros ou os municípios suprir essa lacuna; as leis que eles eventualmente editassem com esse conteúdo seriam inconstitucionais, por invasão da competência privativa da União (CF, art. 22, II).

Porém, é possível que os estados e o Distrito Federal venham a legislar sobre **questões específicas** das matérias enumeradas no art. 22 da Constituição Federal, desde que a União delegue competência, por meio de **lei complementar** (CF, art. 22, parágrafo único). Ao contrário da competência administrativa exclusiva, a marca da competência legislativa privativa da União é a sua *delegabilidade* aos estados e ao Distrito Federal.

Para a União delegar aos estados e ao Distrito Federal a competência para legislar sobre as matérias de sua competência privativa é necessário, entretanto, o atendimento dos seguintes requisitos:

a) a delegação deverá ser efetivada por lei complementar federal, editada pelo Congresso Nacional;

b) a União somente poderá autorizar os estados-membros e o Distrito Federal a legislar sobre *questões específicas*, não podendo a delegação conferir competência para o regramento pleno das matérias de competência privativa da União;

c) a delegação, se houver, deverá contemplar todos os estados-membros e o Distrito Federal, sob pena de ofensa à proibição de estabelecimento de preferências entre os entes federados (CF, art. 19, III), garantia do equilíbrio federativo;

d) a delegação deverá, obrigatoriamente, contemplar o Distrito Federal, porquanto as competências estaduais são estendidas constitucionalmente a este ente federativo (CF, art. 32, § 1.º).

Exemplo de delegação da União aos estados e ao Distrito Federal, com fundamento nesse dispositivo constitucional, temos na Lei Complementar n.° 103, de 14.7.2000,[5] que autorizou esses entes políticos a instituir, mediante lei de iniciativa do Poder Executivo de cada qual, o piso salarial de que trata o inciso V do art. 7.° da Constituição Federal para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

[5] Estabelece o art. 1.° da Lei Complementar n.° 103, de 14.7.2000: "Os Estados e o Distrito Federal ficam autorizados a instituir, mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, o piso salarial de que trata o inciso V do art. 7.° da Constituição Federal para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho."

Competências da União	
Art. 21	Art. 22
Administrativa	Legislativa
Exclusiva	Privativa
Indelegável	Delegável

Além das competências enumeradas nos arts. 21 e 22 - *competência administrativa exclusiva* e *competência legislativa privativa* -, a União dispõe de outras competências indicadas em diversos dispositivos constitucionais, dentre as quais destacamos as seguintes:

- competência administrativa comum, paralela ou cumulativa - na qual, em condições de igualdade com os demais entes federativos, poderá atuar na concretização dos respectivos comandos constitucionais (art. 23);

  competência legislativa concorrente - na qual é estabelecida uma concorrência legislativa entre a União, os estados e o Distrito Federal (art. 24);

  competência tributária expressa - destinada à instituição das diferentes espécies tributárias: impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições e empréstimos compulsórios (arts. 145, 148, 149 e 153);

- competência tributária residual - para a instituição de novos impostos e novas contribuições de seguridade social, além daqueles discriminados no texto constitucional (arts. 154, I, e 195, § 4.°);

- competência tributária extraordinária - para, na iminência ou no caso de guerra externa, instituir impostos extraordinários (art. 154, II).

Compete à União a fixação do horário de funcionamento bancário nas municipalidades, uma vez que se entende que essa medida extrapola os interesses locais do município, por repercutir no funcionamento do Sistema Financeiro Nacional.

Compete privativamente à União legislar sobre vencimentos dos membros das polícias civil e militar do Distrito Federal (STF, Súmula n.° 647).

Compete privativamente à União legislar sobre crimes de responsabilidade, ainda que relacionados a autoridades estaduais e municipais, pois somente a União dispõe de competência para legislar sobre Direito Penal (CF, art. 22, I).

3. COMPETÊNCIA COMUM

0 art. 23 da Constituição Federal enumera as matérias integrantes da denominada *competência comum {paralela* ou *cumulativa),* dispondo que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

A competência comum é uma competência administrativa, consubstanciada na outorga à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios de poder para atuar, paralelamente, sobre as respectivas matérias. Todos os entes federativos exercem-na em condições de igualdade, sem nenhuma relação de subordinação. Por essa razão é que se fala em *atuação paralela* dos entes federados, porque eles atuam em condições de igualdade, e a atuação de um não exclui a dos outros.

A principal característica da competência administrativa *comum, paralela* ou *cumulativa* é, pois, a inexistência de subordinação na atuação dos diferentes entes federativos: todos agem em condições de plena igualdade, sem que a atuação de um afaste a dos demais.

Observe-se que as matérias contempladas pela competência comum são tipicamente de interesse da coletividade - os chamados *interesses difusos* -, razão pela qual se justifica a atuação comum de todos os entes da Federação.

A fim de evitar conflitos e superposição de esforços no âmbito da competência comum, a Constituição Federal determina que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os estados, o Distrito Federal e os municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (CF, art. 23, parágrafo único, com a redação dada pela EC n.° 53/2006).

4. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE

0 art. 24 da Constituição Federal estabelece a *competência legislativa concorrente,* ao dispor que compete à União, aos estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

II - orçamento;

III - juntas comerciais;

IV - custas dos serviços forenses;

V - produção e consumo;

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IX - educação, cultura, ensino e desporto;

X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

XI - procedimentos em matéria processual;

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

XIII - assistência jurídica e defensoria pública;

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

XV - proteção à infância e à juventude;

XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

Os municípios não foram contemplados com a possibilidade de legislar concorrentemente com os demais entes federativos, na regulação das matérias enumeradas no art. 24 da Constituição.

Tem-se, aqui, repartição vertical de competência legislativa, em que diferentes entes federados poderão, de forma legítima, legislar sobre as respectivas matérias, desde que obedecidas certas regras de atuação, estabelecidas nos parágrafos do mesmo art. 24 da Constituição Federal, comentadas abaixo.

No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais (CF, art. 24, § 1.º).

A atuação da União, fixando as normas gerais, não exclui a atuação suplementar dos estados e do Distrito Federal (CF, art. 24, § 2.°). Assim, fixadas as normas gerais pela União, caberá aos estados e ao Distrito Federal complementar a legislação federal, tendo em vista as peculiaridades regionais, por meio da expedição de normas específicas estaduais e distritais. É a chamada *competência suplementar* dos estados-membros e do Distrito Federal.

É importante observar que há uma relação de subordinação entre a atuação da União na edição de normas gerais e a dos estados e Distrito Federal na complementação mediante normas específicas, porquanto estas não poderão contrariar aquelas.

Todavia, na hipótese de a União estabelecer normas específicas que pretenda ver aplicadas aos estados e ao Distrito Federal, sua atuação será inconstitucional, por invasão da competência desses entes federativos. Nesse caso, prevalecerão as normas específicas editadas pelo próprio estado ou pelo Distrito Federal, restando afastadas, por inconstitucionalidade, as normas específicas federais que se pretendessem aplicáveis aos estados e ao Distrito Federal.

Portanto, é mister diferenciar as situações: quando a União, no âmbito da competência concorrente, edita normas gerais sobre as respectivas matérias, essas normas devem ser observadas pelos estados e pelo Distrito Federal, que somente podem complementá-las, não contrariá-las; por outro lado, se a União, no exercício da competência concorrente, pretender editar normas específicas a serem aplicadas aos estados e ao Distrito Federal, estes não estarão a elas sujeitos, e as normas específicas que eles mesmos editarem sobre as matérias listadas nos incisos do art. 24 prevalecerão, em seu âmbito, sobre as eventuais normas específicas editadas pela União concernentes às mesmas matérias.

Entretanto, o acima exposto não significa que a União não possa, em relação aos seus próprios órgãos e entidades, estabelecer, além das normas gerais, as correspondentes normas específicas.

Por exemplo, estatui a Constituição Federal que compete à União, aos estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre educação (CF, art. 24, IX). Por sua vez, determina o texto constitucional que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais (CF, art. 24, § 1.º). Portanto, em relação aos estabelecimentos de ensino dos estados e do Distrito Federal, a União só dispõe de competência para a fixação de normas gerais. Caso, em relação a esses entes federativos, a União extrapole essa competência, fixando, também, normas específicas, estará, nesse ponto, desrespeitando a Constituição Federal. Porém, em relação aos estabelecimentos de ensino da União, certamente caberá a ela própria estabelecer não só as normas gerais como também as normas específicas. Afinal, não faria o menor sentido os estados e o Distrito Federal fixarem as normas específicas sobre educação direcionadas para os estabelecimentos de ensino federais.

Assim, o funcionamento típico da competência legislativa concorrente seria o seguinte: a União edita inicialmente a lei de normas gerais e os estados-membros e o Distrito Federal suplementam essa legislação federal, editando suas normas específicas, em conformidade com as normas gerais da União.

Entretanto, deve-se anotar que a atuação dos estados-membros e do Distrito Federal **não** é dependente da expedição das normas gerais pela União. Caso a União não edite suas leis de normas gerais, os estados e o Distrito Federal exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (CF, art. 24, § 3.º).

Observa-se, assim, que a atuação dos Estados e do Distrito Federal não está condicionada à atuação prévia da União. Ao contrário, se a União for omissa, poderão esses entes federados legislar plenamente sobre a matéria, estabelecendo tanto normas gerais quanto normas específicas, para o atendimento de suas peculiaridades. Por outras palavras, a omissão da União implica outorga tácita de competência legislativa plena aos estados e ao Distrito Federal, o que significa poderem eles estabelecer, no seu âmbito, normas gerais e normas específicas sobre a respectiva matéria, para o atendimento de suas peculiaridades.

Observa-se, ainda, que a aquisição da competência legislativa plena pelos estados-membros e Distrito Federal dá-se de maneira automática, sem necessidade de nenhuma delegação por parte da União, sem a necessidade da edição de qualquer ato autorizativo. É decorrência direta e imediata do texto constitucional (CF, art. 24, § 3.º), que confere a esses entes federativos, independentemente de qualquer ato de delegação, a competência legislativa plena para o tratamento da respectiva matéria diante da omissão federal.

A competência legislativa plena dos estados, porém, não é definitiva, tampouco o seu exercício afasta o poder da União para a ulterior fixação de normas gerais sobre a matéria. Determina a Constituição que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que esta for contrária àquela (CF, art. 24, § 4.°).

Significa dizer que a competência legislativa plena dos estados e do Distrito Federal, adquirida em razão da omissão da União, é temporária, porque ela não exclui a possibilidade de a União vir a exercer a sua competência para estabelecer normas gerais em momento futuro. Se isso acontecer, a lei federal superveniente suspenderá a eficácia da lei estadual naquilo em que esta lhe contrariar.

Anote-se que não haverá, necessariamente, suspensão da eficácia de toda a lei estadual, mas somente dos seus dispositivos de normas gerais que contrariarem a superveniente lei de normas gerais da União. Os dispositivos da lei estadual que forem compatíveis com a lei federal que lhe sobrevenha continuarão com plena eficácia, em complementação às normas gerais da União. Ademais, conforme observado anteriormente, somente as normas gerais editadas pela União prevalecerão sobre as normas estaduais e distritais; caso a União, a título de normas gerais, edite normas que, na verdade, sejam específicas, estas não serão aplicáveis no âmbito dos estados e do Distrito Federal, e não suspenderão a eficácia das normas específicas que eles tenham editado.

É importante ressaltar que a lei federal de normas gerais superveniente *suspenderá a eficácia* dos dispositivos de normas gerais da lei estadual que lhe forem contrários, não os revogará.

A *suspensão de eficácia* não se confunde com a *revogação.*

Na *revogação,* a norma revogada é retirada do ordenamento jurídico. Se a *Lei n.° 2* revoga a *Lei n.° 1,* esta é retirada do ordenamento jurídico, daí por diante (eficácia *ex nunc).*

Na *suspensão de eficácia,* a norma permanece no ordenamento jurídico, mas tem a sua incidência, os seus efeitos suspensos. Se a *Lei n.° 2* suspende a eficácia da *Lei n.° 1,* esta permanece no ordenamento jurídico, porém, sem incidir, sem produzir seus efeitos, enquanto perdurar a suspensão.

No âmbito da legislação concorrente, o conflito entre a lei estadual e a lei federal de normas gerais superveniente é resolvido pela *suspensão da eficácia* daquela por esta (CF, art. 25, § 4.°). Os dispositivos da lei estadual não são retirados do ordenamento jurídico (não são revogados), têm apenas os seus efeitos suspensos, enquanto viger a lei federal. Com isso, se a lei federal fosse posteriormente revogada, a aplicação dos dispositivos da lei estadual, que estavam com a eficácia suspensa, seria automaticamente restaurada. Com

a revogação da lei federal de normas gerais, a lei estadual que estava com a eficácia suspensa só não voltará a produzir efeitos se, antes disso, houver sido revogada por outra lei estadual.

Essas ocorrências - suspensão de eficácia da lei estadual, revogação da lei federal de normas gerais, revigoramento da eficácia da legislação estadual - produzirão efeitos meramente prospectivos, daí por diante *(ex nunc)*, não afetando os atos praticados com base na legislação anterior.

É oportuno notar, em síntese, que os estados e o Distrito Federal podem atuar de duas maneiras no âmbito da competência legislativa concorrente: ora complementam a lei federal de normas gerais, ora legislam plenamente em razão da inexistência dessa legislação federal. Em face dessa peculiaridade, a doutrina divide a *competência suplementar* dos estados e do Distrito Federal em *competência complementar* e *competência supletiva.*

Os estados e o Distrito Federal exercem a *competência suplementar complementar* quando editam normas específicas, após a edição da lei de normas gerais pela União (CF, art. 24, § 2.°). Nessa hipótese, portanto, a atuação complementar dos estados e do Distrito Federal pressupõe a prévia existência de lei federal de normas gerais e está a ela adstrita.

Os estados e o Distrito Federal exercem a *competência suplementar supletiva* quando legislam plenamente em decorrência da inércia da União em estabelecer as normas gerais sobre a matéria (CF, art. 24, § 3.°). Nessa hipótese, portanto, a atuação supletiva dos estados e do Distrito Federal pressupõe a inércia da União em editar a legislação federal de normas gerais, e seu conteúdo só está limitado à observância das regras e princípios constantes da própria Constituição Federal.

Finalmente, cabe repisar que os municípios não foram contemplados na competência concorrente, vale dizer, os municípios não concorrem com a União e os estados no âmbito das matérias sujeitas à legislação concorrente (CF, art. 24, *caput).*

Os municípios possuem, sim, uma competência constitucional genérica para "suplementar a legislação federal e a estadual no que couber" (CF, art. 30, II). Podem, também, "legislar sobre assuntos de interesse local" (CF, art. 30, I), nesse caso, independentemente de estarem suplementando outras normas.

Essa atuação legislativa dos municípios, porém, não significa *concorrência* com a União e os estados-membros. É claro que, nas matérias sujeitas à competência concorrente (incisos do art. 24 da Constituição), caso exista a lei federal de normas gerais, e também determinada lei estadual sobre aspectos específicos, a eventual atuação legislativa suplementar de um município situado naquele estado, baseada no art. 30, inciso II, será bastante semelhante à sistemática típica de concorrência descrita nos §§ 1.° e 2.° do art. 24 da Carta

Política. Mas a semelhança não vai além. Com efeito, se não existir lei federal de normas gerais, nem lei estadual, não adquirem os municípios uma eventual "competência legislativa plena" que lhes possibilite editar normas gerais e normas específicas. Pelo contrário, como a competência dos municípios tem por objeto "suplementar a legislação federal e a estadual no que couber" (CF, art. 30, II), a inexistência de legislação federal e estadual sobre determinada matéria inviabiliza o exercício dessa competência pelo município. É verdade que isso não impede que o município, na eventualidade de necessitar disciplinar um assunto de interesse local, o faça com base no inciso I do art. 30, mesmo que não existam normas federais e estaduais sobre a matéria, mas essa atuação nada tem a ver com a "competência concorrente" estabelecida no art. 24 da Constituição. Por fim, não há previsão de que a legislação federal ou estadual "suspenda a eficácia" da legislação municipal eventualmente editada quando ausentes leis federais e estaduais sobre o assunto, porque, como dito, não existe aquisição de "competência legislativa plena" pelos municípios, mas, tão-somente, competência para suplementar a legislação que tenha sido editada pela União e pelos estados, bem como para legislar sobre assuntos de interesse local, seja ou não em caráter suplementar.

Enfim, é importante ter esta visão sobre a atuação dos diferentes entes federativos no âmbito da legislação concorrente. Em regra, a União expede normas gerais (CF, art. 24, § 1.º) e os estados e o Distrito Federal editam normas suplementares (CF, art. 24, § 2.°). Porém, é possível que a União expeça normas específicas, obrigatórias para os seus órgãos e entidades subordinados, e que os estados e o Distrito Federal editem normas gerais, na hipótese de adquirirem competência legislativa plena, pela ausência de lei federal sobre normas gerais (CF, art. 24, § 3.°). Os municípios, embora não concorram com a União e os estados, legislam naquilo que for de interesse local, ou de seu peculiar interesse, suplementando, no que couber, a legislação federal e a estadual, sem contrariá-la (CF, art. 30, II).

5. COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS

Como regra, a Constituição Federal não enumerou taxativamente as matérias de competência dos estados-membros, reservando a eles a denominada *competência remanescente* (CF, art. 25, § 1.º).

Um bom exemplo de aplicação da competência remanescente dos estados-membros é a exploração do serviço de transporte intermunicipal (entre municípios, no âmbito do mesmo estado).

A Constituição Federal estabeleceu expressamente a competência exclusiva da União para explorar os transportes terrestres rodoviários interestadual e

internacional de passageiros (art. 21, XII, "e"). Dispôs, também, que compete aos municípios a exploração do transporte coletivo no âmbito local (art. 30, V). Nada disse, porém, acerca da competência para a exploração do serviço de transporte intermunicipal.

Diante dessa realidade constitucional, concluiu o Supremo Tribunal Federal que compete aos estados-membros a exploração e, conseqüentemente, a regulamentação do serviço de transporte intermunicipal, por força do que dispõe o § 1.º do art. 25 da Constituição Federal (ADI 2.349/ES, rei. Min. Eros Grau, 31.08.2005).

Conquanto os estados-membros, como visto, detenham a genérica competência remanescente, residual ou reservada, estabelecida no § 1.° do art. 25 da Constituição, não é verdadeiro que eles não disponham de nenhuma competência constitucionalmente enumerada. Com efeito, encontramos no texto constitucional algumas poucas competências expressamente conferidas aos estados, como a competência para a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios (CF, art. 18, § 4.°); para a exploração direta, ou mediante concessão, dos serviços locais de gás canalizado (CF, art. 25, § 2.°); para a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (CF, art. 25, § 3.°) e para a organização da sua própria Justiça (CF, art. 125).

A Constituição Federal outorga, ainda, aos estados outras competências, a saber:

- competência comum, paralela ou cumulativa - em que, em condições de igualdade com os demais entes federativos, poderão os estados atuar sobre as respectivas matérias (art. 23);
- competência legislativa delegada pela União - em decorrência da qual poderão os estados, desde que autorizados por lei complementar federal, legislar sobre *questões específicas* das matérias da competência privativa da União (art. 22, parágrafo único);

  competência legislativa concorrente - em que os estados poderão legislar, em concorrência com a União, sobre as respectivas matérias (art. 24);
- competência tributária - para a instituição de diferentes espécies tributárias: impostos, taxas, contribuições de melhoria e contribuições previdenciárias (arts. 145; 149, § 1.°; 155).

6. COMPETÊNCIAS DO DISTRITO FEDERAL

Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas, administrativas e tributárias reservadas aos estados e aos municípios (CF, art. 32, § 1.°).

Entretanto, nem todas as competências dos estados foram outorgadas ao Distrito Federal. Com efeito, no âmbito do Distrito Federal, compete à União organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública, bem como a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar (CF, art. 21, XIII e XIV).

O Distrito Federal ocupa, assim, posição anômala em relação aos demais entes federativos. Não foi equiparado aos municípios, porque dispõe, além das competências municipais, de parcela das competências estaduais. Não foi equiparado em tudo aos estados, porque, como visto, nem todas as competências estaduais lhe foram outorgadas.

Podemos, então, enumerar as seguintes competências constitucionais do Distrito Federal:

- competência remanescente dos estados-membros (CF, art. 25, § 1.º);
- competência enumerada dos municípios (CF, art. 30);

  competência comum, paralela ou cumulativa - na qual, em condições de igualdade com os demais entes federativos, poderá o Distrito Federal atuar sobre as respectivas matérias (art. 23);

- competência legislativa delegada pela União - em decorrência da qual poderá o Distrito Federal, desde que autorizado por lei complementar federal, legislar sobre questões específicas das matérias da competência privativa da União (art. 22, parágrafo único);
- competência legislativa concorrente - em que o Distrito Federal poderá legislar, em concorrência com a União, sobre as respectivas matérias (art. 24);
- competência tributária expressa dos estados e municípios - para a instituição das diferentes espécies tributárias de competência dos estados e dos municípios, a saber: impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições previdenciárias e contribuição de iluminação pública (arts. 145; 149, § 1.º; 149-A; 155; 156).

7. COMPETÊNCIAS DOS MUNICÍPIOS

A Constituição Federal de 1988 conferiu aos municípios natureza de ente federativo autônomo, dotado da capacidade de auto-organização e autolegislação, autogoverno e auto-administração.

As competências municipais estão enumeradas, sobretudo, no art. 30 da Constituição Federal, a saber:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; (Redação dada pela EC n." 53/2006.)

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

A competência dos municípios pode ser dividida em *competência legislativa* e *competência administrativa.*

A *competência legislativa* corresponde à *competência exclusiva* para legislar sobre assuntos de interesse local (CF, art. 30, I) e à *competência suplementar,* para suplementar a legislação federal ou estadual, no que couber (CF, art. 30, II).

A *competência administrativa* autoriza o município a atuar sobre os assuntos de interesse local, identificados a partir do *princípio da predominância do interesse,* especialmente sobre as matérias expressamente consignadas nos incisos III ao IX do art. 30 da Constituição Federal.

No uso da *competência suplementar,* podem os municípios suprir as lacunas da legislação federal e estadual, regulamentando as respectivas matérias para ajustar a sua execução às peculiaridades locais. Entretanto, no uso dessa competência suplementar, não poderão os municípios contraditar a legislação federal e estadual existente, tampouco extrapolar a sua competência para disciplinar, apenas, assuntos de interesse local.

Não há uma enumeração constitucional, expressa e taxativa, dos chamados *assuntos de interesse local,* de competência do ente municipal. Deverão eles ser identificados caso a caso, a partir da aplicação do *princípio da predominância do interesse.*

Cabe ao município disciplinar a exploração da atividade de estabelecimento comercial, mediante a expedição de alvarás ou licenças para funcionamento.

Da mesma forma, cabe ao município a fixação do horário de funcionamento do comércio local (lojas, *shopping centers* e outros), bem como de drogarias e farmácias e dos plantões obrigatórios destas (STF, Súmula 645).

Entretanto, cabe à União, e não ao município, a competência para a fixação do horário de funcionamento de agências bancárias, haja vista que o horário de funcionamento bancário extrapola o interesse local da municipalidade.

O município é competente para, dispondo sobre segurança de sua população, impor a estabelecimentos bancários a obrigação de instalarem portas eletrônicas, com detector de metais, travamento e retorno automático e vidros à prova de balas (STF, RE 240.406/RS, rei. Min. Carlos Velloso, 25.11.2003). Na mesma esteira, decidiu o STF que os municípios podem editar legislação própria, com fundamento na autonomia constitucional que lhes é inerente (CF, art. 30, I), com o objetivo de determinar, às instituições financeiras, que instalem, em suas agências, em favor dos usuários dos serviços bancários (clientes ou não), equipamentos destinados a proporcionar-lhes segurança (tais como portas eletrônicas e câmaras filmadoras) ou a propiciar-lhes conforto, mediante oferecimento de instalações sanitárias, ou fornecimento de cadeiras de espera, ou colocação de bebedouros, ou, ainda, prestação de atendimento em prazo razoável, com a fixação de tempo máximo de permanência dos usuários em fila de espera (RE 251.542/SP, rei. Min. Celso de Mello, 01.07.2005).

O STF já decidiu que o município é competente para legislar sobre limite de tempo de espera em fila dos usuários dos serviços prestados pelos cartórios localizados no seu respectivo território, sem que isso represente ofensa à competência privativa da União para legislar sobre registros públicos (CF, art. 22, inciso XXV), porquanto não se trata de matéria relativa à disciplina dos registros públicos, mas de assunto de interesse local, cuja competência legislativa a Constituição atribui aos municípios, nos termos do inciso I do seu art. 30. (RE 397.094/DF, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 29.08.2006).

Os serviços funerários constituem serviços municipais, dado que dizem respeito a necessidades imediatas do município, em consonância com o art. 30, inciso V, da Constituição da República (STF, RE 387.990/SP, rei. Min. Carlos Velloso).

Cabe ao município estabelecer a política de desenvolvimento urbano, mediante aprovação do chamado plano diretor, aprovado pela câmara municipal, obrigatório para as municipalidades com mais de vinte mil habitantes, com o fim de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (CF, art. 182).

Os municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei (CF, art. 144, § 8.°).

Vale repetir que as competências atribuídas aos municípios foram igualmente conferidas pela Constituição ao Distrito Federal, o que permite concluir que os julgados do STF que afirmam ser dos municípios determinada competência aplicam-se, também, ao Distrito Federal.

Além das competências acima vistas, cabe aos municípios:

- Competência comum, paralela ou cumulativa - na qual, em condições de igualdade com os demais entes federativos, poderá o município atuar sobre as respectivas matérias (art. 23);

  Competência tributária expressa - para a instituição das diferentes espécies tributárias de competência dos municípios, a saber: impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições previdenciárias e contribuição de iluminação pública (arts. 145; 149, § 1.°; 149-A; 156).

Capítulo 6

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A Constituição de 1988 tratou com grande detalhamento da Administração Pública, estabelecendo regras gerais e diversos preceitos bastante específicos, em seus arts. 37 a 41, principalmente. Trata-se de normas acerca das diretrizes de atuação dos agentes administrativos, remuneração de servidores, acesso a cargos e empregos públicos, acumulação de cargos e empregos, regime de previdência, obrigatoriedade de licitação, responsabilidade civil do Estado etc.

Não existe um único conceito de Administração Pública. O que há são acepções da expressão, conforme o enfoque adotado.

Assim, fala-se em administração pública em **sentido material** ou objetivo quando se adota como referência tão-somente a natureza da atividade e o regime jurídico sob o qual é exercida, não importa quem a exerça.

A doutrina enumera quatro atividades como próprias da administração em sentido material, a saber:

a) serviço público (toda a atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, com o fim imediato de satisfazer alguma necessidade pública, sob regime predominantemente público);

b) polícia administrativa (restrições ou condicionamentos impostos ao exercício de atividades privadas em benefício do interesse público; exemplo típico são as atividades de fiscalização);

c) fomento (incentivo à iniciativa privada de utilidade pública, por exemplo, mediante a concessão de benefícios ou incentivos fiscais);

d) intervenção (abrangendo toda atuação do Estado no setor privado, o que inclui a intervenção na propriedade privada, como a desapropriação, e a intervenção no domínio econômico, como o tabelamento de preços, a formação de estoques reguladores etc).

A acepção material tem relevância meramente acadêmica ou doutrinária, porquanto no ordenamento jurídico brasileiro é adotado o critério formal de Administração Pública.

Administração Pública em **sentido formal** ou subjetivo é o conjunto de órgãos e pessoas jurídicas que o nosso ordenamento jurídico identifica como Administração Pública, não importa a atividade que exerçam. No Brasil, só é Administração Pública: (a) os órgãos integrantes da denominada Administração Direta (são os órgãos que, em uma pessoa política, exercem função administrativa); e (b) as entidades da Administração Indireta, que são, exclusivamente, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Em razão da adoção, em nosso ordenamento, do critério formal para enquadramento de um órgão ou entidade como Administração Pública, temos que, em determinados casos, mesmo atividades econômicas em sentido estrito podem ser exercidas por entidades integrantes da Administração Pública.

É o que ocorre com sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividades econômicas, como o Banco do Brasil e a Petrobras (sociedades de economia mista) e a Caixa Econômica Federal (empresa pública). Conquanto a Constituição, em seu art. 173, literalmente afirme que essas entidades exploradoras de atividades econômicas estão sujeitas "ao regime jurídico próprio das empresas privadas", o certo é que tal sujeição não é integral, uma vez que em diversos pontos o próprio texto constitucional estabelece regras de direito público aplicáveis a todos os órgãos e entidades da Administração Pública, sem exceção, como são exemplos a necessidade de concurso público para o acesso a cargos ou empregos públicos, a vedação à acumulação remunerada de cargos ou empregos públicos, o controle pelos tribunais de contas, a sanção aos atos de improbidade administrativa etc.

Em suma, embora em menor medida, mesmo as entidades da Administração Pública exploradoras de atividades econômicas sujeitam-se ao regime jurídico administrativo, ao menos em parte de suas atividades.

Os princípios apontados como caracterizadores do denominado **"regime jurídico administrativo",** que é um regime de direito público, aplicável aos órgãos e entidades que compõem a Administração Pública, com a observação feita acima quanto às entidades da Administração Pública exploradoras de

atividades econômicas, são a **supremacia do interesse público** e a **indisponibilidade do interesse público.**

O princípio da **supremacia do interesse público** fundamenta a existência das prerrogativas e dos poderes da Administração Pública, a denominada verticalidade nas relações Administração-particular. Toda atuação administrativa em que existe imperatividade, em que são impostas, unilateralmente, obrigações para o administrado, ou em que são restringidos direitos dos particulares é respaldada pelo princípio da supremacia do interesse público.

Exemplos são o exercício do poder de polícia, as chamadas cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, que possibilitam à Administração, dentre outras prerrogativas, modificar unilateralmente o contrato, as hipóteses de intervenção na propriedade privada, como a desapropriação, a presunção de legitimidade dos atos administrativos, a auto-executoriedade, entre outros.

A idéia central desse princípio é: havendo conflito entre o interesse público e os interesses de particulares, aquele deve prevalecer. Deve-se, todavia, ressalvar sempre o respeito aos direitos e garantias fundamentais e a necessidade de que a atuação da Administração ocorra, invariavelmente, nos termos e limites da lei e do Direito (o que inclui a razoabilidade e a proporcionalidade de sua atuação).

O segundo princípio, o da **indisponibilidade do interesse público,** faz contraponto ao primeiro. Ao mesmo tempo em que tem poderes especiais, exorbitantes do Direito comum, a Administração sofre restrições em sua atuação que não existem para os particulares. Essas restrições decorrem do fato de que a Administração não é proprietária da coisa pública, mas sim o povo. Por isso, para a Administração, a coisa pública é indisponível.

Em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, a Administração somente pode atuar quando houver lei que determine sua atuação, e nos limites estipulados por essa lei. Não existe a idéia de "vontade" da Administração, mas sim de "vontade" da lei, que é o instrumento que legitimamente traduz a vontade geral, vontade do povo, manifestada pelos seus representantes no Poder Legislativo. Além disso, toda a atuação da Administração deve ter possibilidade de ser controlada pelo povo, seja diretamente, seja por meio de órgãos com essa função de controle.

Dessa forma, são decorrências típicas do princípio da indisponibilidade do interesse público a necessidade de realizar concurso público para admissão de pessoal permanente (empregados e servidores públicos efetivos), a necessidade, em regra, de realizar licitação prévia para celebração de contratos administrativos, a exigência de motivação dos atos administrativos (regra geral), as restrições à alienação de bens públicos etc.

A Constituição, ao tratar da Administração Pública, não traz expressos os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. Entretanto, no *caput* de seu art. 37, enumera alguns dos mais importantes princípios administrativos que diretamente deles decorrem: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. É o que estudaremos a seguir.

2. PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

Neste tópico será feita uma breve exposição do conteúdo dos cinco princípios administrativos enumerados no *caput* do art. 37 da Constituição, e de alguns outros princípios expressos. Antes disso, entretanto, é oportuno mencionar que os princípios implícitos da **razoabilidade** e **proporcionalidade,** derivados do princípio do devido processo legal em sua acepção substantiva, têm sido largamente utilizados no âmbito do Direito Administrativo, especialmente para controle da discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário.

Com efeito, não são raras as decisões judiciais que anulam atos administrativos por serem desproporcionais ou desarrazoados. Deve-se enfatizar que se trata de **anulação,** ou seja, controle de legalidade ou legitimidade, **não** controle de mérito administrativo; o controle de mérito implicaria revogação de um ato inconveniente, mas válido, conforme critério exclusivo da Administração, o que nada tem com razoabilidade ou proporcionalidade; no exercício de atividade jurisdicional o Poder Judiciário jamais controla mérito administrativo, ou seja, jamais **revoga** atos administrativos.

No âmbito do Direito Administrativo, esses princípios - da razoabilidade e proporcionalidade - possuem conteúdo análogo ao que lhes empresta o Direito Constitucional quando os utiliza no controle da constitucionalidade das leis, razão pela qual remetemos o leitor, para uma análise pormenorizada, ao tópico específico, inserido no estudo dos direitos fundamentais.

Em linhas gerais, um ato administrativo é anulado por ofensa aos princípios da **razoabilidade** e **proporcionalidade** quando não é adequado à obtenção do resultado que se pretende, ou quando, embora adequado, não seja necessário, por existir outro meio viável que seja menos restritivo de direitos e permita atingir o mesmo fim, ou, ainda, se não houver correspondência entre a lesividade da conduta que se tenciona sancionar ou prevenir e a intensidade da sanção administrativa aplicada (proporcionalidade em sentido estrito).

Vejamos os princípios expressos no *caput* do art. 37 da Constituição.

O **princípio da legalidade** administrativa tem, para a Administração Pública, um conteúdo muito mais restritivo do que a legalidade geral aplicável à

conduta dos particulares (CF, art. 5.°, II). Por outro lado, para o administrado, o princípio da legalidade administrativa representa uma garantia constitucional, exatamente porque lhe assegura que a atuação da Administração estará limitada estritamente ao que dispuser a lei.

O fato de estar a Administração Pública sujeita ao princípio da indisponibilidade do interesse público, e de não ser ela quem estabelece o que é de interesse público, mas somente a lei, única expressão legítima da vontade geral, acarreta a necessidade de que a atuação administrativa esteja previamente determinada ou autorizada na lei. Vale dizer, para que haja atuação administrativa não é suficiente a mera inexistência de proibição legal; é mister que a lei preveja ou autorize aquela atuação.

Em suma, a Administração, além de não poder atuar contra a lei ou além da lei, somente pode agir segundo a lei (a atividade administrativa não pode ser *contra legem* nem *praeter legem,* mas apenas *secundum legem).* Os atos eventualmente praticados em desobediência a tais parâmetros são atos inválidos e podem ter sua invalidade decretada pela própria Administração que os haja editado (autotutela administrativa) ou pelo Poder Judiciário.

Observe-se, ainda, que, em sua atuação, a Administração está obrigada à observância não apenas do disposto nas leis, mas também dos princípios jurídicos ("atuação conforme a lei e o Direito", na feliz redação do inciso I do parágrafo único do art. 2.° da Lei n.° 9.784/1999). Ademais, a Administração está sujeita a seus próprios atos normativos, expedidos para assegurar o fiel cumprimento das leis, nos termos do art. 84, inciso IV, da Constituição. Assim, na prática de um ato individual, o agente público está obrigado a observar não só a lei e os princípios jurídicos, mas também os decretos, as portarias, as instruções normativas, os pareceres normativos, em suma, os atos administrativos gerais que sejam pertinentes àquela situação concreta com que ele se depara.

O **princípio da impessoalidade,** em Direito Administrativo, possui dupla acepção: **finalidade** da atuação administrativa, que deve sempre ser a satisfação do interesse público, e **vedação à promoção pessoal** do administrador público.

Na acepção mais comumente citada, de **finalidade** da atuação administrativa, o princípio da impessoalidade traduz a idéia de que toda atuação da Administração deve visar ao interesse público, deve ter como finalidade a satisfação do interesse público.

Qualquer ato praticado com objetivo diverso da satisfação do interesse público, decorrente explícita ou implicitamente da lei, será **nulo** por **desvio de finalidade.**

Impede o princípio da impessoalidade, portanto, que o ato administrativo seja praticado a fim de atender a interesses do agente público ou de terceiros, devendo visar, tão-somente, à "vontade" da lei, comando geral e abstrato, logo, impessoal. Dessarte, são obstadas perseguições ou favorecimentos e quaisquer discriminações, benéficas ou prejudiciais, aos administrados ou mesmo aos agentes públicos.

Conforme se constata, analisado sob esse prisma o princípio da impessoalidade identifica-se em larga medida com o princípio da isonomia (ou igualdade). Desses postulados - impessoalidade e igualdade - derivam diversas normas constitucionais, a exemplo da vazada no art. 37, II, que impõe o concurso público como condição para ingresso em cargo efetivo ou emprego público (oportunidades iguais para todos), e da norma constante do art. 37, XXI, a qual exige que as licitações públicas assegurem igualdade de condições a todos os concorrentes.

A segunda acepção do princípio da impessoalidade está ligada à idéia de proibição de pessoalização das realizações da Administração ou de **proibição de promoção pessoal** do agente público. Está consagrada no § 1.° do art. 37 da Constituição, segundo o qual:

> § 1.° A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

A inobservância dessa proibição acarreta responsabilização do agente público, podendo até mesmo caracterizar ato de improbidade administrativa enquadrável no art. 11 da Lei n.° 8.429/1992.

O **princípio da moralidade administrativa** envolve um conceito jurídico indeterminado, o que não significa que não deva ser efetivamente utilizado para **anular** atos que lhe sejam contrários.

A moral administrativa liga-se à idéia de probidade e de boa-fé. A Lei n.° 9.784/1999, no seu art. 2.°, parágrafo único, refere-se a ela nestes termos: "nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé".

A doutrina enfatiza que a noção de moral administrativa não está vinculada às convicções íntimas do agente público (subjetivas), mas sim à noção de atuação adequada e ética existente no grupo social.

Teoricamente, não importa a concepção subjetiva de conduta moral, ética, que o agente público tenha, mas sim a noção objetiva, embora indeterminada, prevalente no grupo social, passível de ser extraída do

conjunto de normas sobre conduta dos agentes públicos existentes no ordenamento jurídico.

Frise-se este ponto: afirmam os administrativistas que esse conceito objetivo de moral administrativa pode ser extraído do ordenamento jurídico, a partir do conjunto de normas, de todos os níveis, que versam sobre conduta dos agentes públicos em geral. Assim, embora sem dúvida se trate de um conceito indeterminado, com uma zona de incerteza na qual as condutas poderão, ou não, ser enquadradas como contrárias à moral administrativa, o certo é que nenhuma relevância tem a opinião do agente que praticou o ato cuja moralidade esteja sendo avaliada. Importa unicamente o que se extrai do ordenamento jurídico acerca da conduta pública compatível com a moral administrativa.

O controle de moralidade **não** é controle de mérito administrativo, significa dizer, um ato contrário à moral administrativa não está sujeito a uma análise de oportunidade e conveniência, mas a uma análise de legitimidade. Por isso, o ato contrário à moral administrativa não deve ser revogado, mas sim declarado nulo. Ademais, como se trata de controle de legalidade ou legitimidade, pode ser efetuado pela Administração e, também, pelo Poder Judiciário.

É ilustrativa dessa noção esta ementa, do TJ de São Paulo: "o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo."

Um meio de controle judicial da moral administrativa é a ação popular, remédio constitucional previsto no inciso LXXIII do art. 5.° da Constituição nestes termos:

> LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor **ação popular** que vise a **anular ato lesivo** ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, **à moralidade administrativa,** ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Como se vê, o ato contrário à moral administrativa é nulo.

O **princípio da publicidade,** no Direito Administrativo, possui dupla acepção, a saber:

a) exigência de **publicação** em órgão oficial como requisito de eficácia dos atos administrativos gerais que devam produzir efeitos externos ou onerem o patrimônio público;

Nessa acepção, a publicidade não está ligada à validade do ato, mas à sua eficácia, isto é, à produção de seus efeitos. Enquanto não for publicado, o ato não pode produzir efeitos.

b) exigência de **transparência** da atuação administrativa.

Essa acepção, derivada do princípio da indisponibilidade do interesse público, diz respeito à exigência de que seja possibilitado, da forma mais ampla possível, o controle da administração pública pelos administrados.

Consectário da exigência de transparência é a regra geral segundo a qual os atos administrativos devem ser motivados, porquanto a **motivação** - declaração escrita dos pressupostos fáticos e jurídicos que determinaram a prática do ato - possibilita o controle da legitimidade do ato pelos órgãos de controle e pelo povo em geral. O princípio da motivação dos atos administrativos não é um princípio que esteja **expresso** no texto da Constituição para toda a Administração Pública. Entretanto, especificamente para a atuação administrativa dos tribunais do Poder Judiciário a motivação está expressamente exigida no texto constitucional, no art. 93, inciso X.

O **princípio da eficiência** foi introduzido como princípio expresso no *caput* do art. 37 da Constituição pela EC n.° 19/1998. Ele está vinculado à noção de *administração gerencial,* que é o modelo de administração proposto pelos defensores da corrente de pensamento denominada neoliberalismo (em substituição ao modelo denominado *administração burocrática,* centrado primacialmente no princípio da legalidade). Essa noção de administração gerencial e o princípio da eficiência conjugam-se com a denominada doutrina do Estado mínimo.

Simplificadamente, reconhece-se que há algumas áreas em que a atuação do Estado é imprescindível. Portanto, é necessário existir uma Administração Pública. Entretanto, defende-se a idéia de que a atuação da Administração deve ser, tanto quanto possível, semelhante à das empresas do setor privado. Daí a ênfase no atingimento de resultados e a tentativa de reduzir os controles das atividades-meio (exemplo de instrumento com esse escopo são os *contratos de gestão).* Aos procedimentos de controles de atividades-meio - exemplo típico é a necessidade de licitação pública como condição para a celebração de contratos administrativos - é atribuída boa parte da culpa pela alegada ineficiência, pela morosidade, pelos desperdícios, pelos custos elevados da máquina estatal etc.

O princípio da eficiência pode ser desmembrado em duas facetas básicas:

a) relativamente à qualidade da atuação do agente público, espera-se excelência no desempenho de suas atribuições, produtividade equiparável à que se verifica entre os melhores trabalhadores da iniciativa privada;

b) quanto ao modo de organizar e estruturar os órgãos e entidades integrantes da Administração Pública, e disciplinar seu funcionamento, exige-se a maior racionalidade possível, no intuito de alcançar excelentes resultados na prestação dos serviços públicos.

Exemplos de desdobramento do princípio da eficiência, quanto ao primeiro aspecto, todos introduzidos pela EC n.° 19/1998, são a avaliação especial de desempenho para a aquisição da estabilidade pelo servidor público e a perda do cargo do servidor estável "mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa" (CF, art. 41).

Outro exemplo, também quanto ao primeiro aspecto, tem-se no art. 39, § 2.°, da Constituição:

> § 2.° A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados.

A eficiência integra o conceito de **serviço público adequado** (Lei n.° 8.987/1995, art. 6.°, § 1.°). A obrigatoriedade de prestação adequada de serviços públicos (em sentido amplo) como consectário do princípio da eficiência é reforçada pelo § 3.° do art. 37, também resultado da EC n.° 19/1998, nos termos do qual a lei disciplinará as formas de participação do usuário na Administração Pública Direta e Indireta, regulando especialmente: (a) as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (b) o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo; e (c) a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Como dito acima, os denominados **contratos de gestão** consubstanciam um importante instrumento proposto pelos arautos da denominada administração gerencial para o fim de reduzir a alegada ineficiência da máquina pública.

Os contratos de gestão têm como diretriz essencial o estabelecimento de metas a serem atingidas por uma das partes, fixação de prazos para o seu atingimento e de critérios de avaliação de desempenho, oferecendo, como contrapartida, a ampliação da autonomia da parte que se proponha a atingir tais metas. Vale dizer, o contrato de gestão visa a concentrar os controles administrativos na verificação do cumprimento de metas nele estabelecidas e

a favorecer a consecução desses resultados mediante redução dos controles administrativos das atividades-meio.

Esse modelo de contrato de gestão adquiriu assento constitucional com a EC n.° 19/1998, mediante a inserção do § 8.° ao art. 37 da Constituição,[1] cuja reprodução faz-se oportuna:

> § 8.° A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:
>
> I - o prazo de duração do contrato;
>
> II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;
>
> III - a remuneração do pessoal.

Enfim, cabe ressaltar que, como se trata de um princípio expresso, a **eficiência** integra o controle de legitimidade, não de mérito, o que, em tese, possibilita apreciação de uma atuação administrativa, pelo Judiciário, quanto a sua eficiência (a atuação ineficiente seria ilegítima, o que ensejaria anulação dos atos praticados, ou, se a anulação causar ainda mais prejuízo ao interesse público, somente responsabilização de quem lhe deu causa).

Finalizando este tópico, convém frisar que existem, ainda, no texto constitucional, inúmeros princípios implícitos - além da razoabilidade e proporcionalidade - e outros princípios expressos aplicáveis diretamente à Administração Pública. Dentre os expressos, mencionamos, a título ilustrativo, o princípio do **contraditório e ampla defesa** (CF, art. 5.°, LV) e o princípio da **celeridade processual** (CF, art. 5.°, LXXVIII), ambos aludindo explicitamente aos processos administrativos.

[1] Muitos autores criticam o § 8.° do art. 37 da Constituição, por entenderem que não faz sentido cogitar de um contrato celebrado entre um órgão e a pessoa jurídica que ele integra (a rigor, a pessoa jurídica estaria celebrando um ajuste com ela própria). Mesmo no caso dos contratos de gestão celebrados entre entidades da Administração Indireta e o Poder Público, entendem esses autores haver incongruência, porquanto não poderia existir verdadeiramente um contrato bilateral quando não há contraposição de interesses (e não podem existir interesses contrapostos dentro da Administração Pública de um mesmo ente federado). Em que pesem essas críticas, o texto constitucional expressamente utiliza o vocábulo "contrato" para referir-se aos ajustes a que alude o § 8.° do art. 37 da Carta da República. Em nossa opinião, deve a doutrina reformular os seus conceitos, adaptando-os à realidade do nosso ordenamento constitucional, e não o contrário, isto é, propugnar que o texto constitucional esteja inadequado toda vez que destoe de conceitos doutrinários a ele anteriores.

Outro princípio expresso que merece destaque é o da **probidade.** A exigência de probidade na atuação administrativa perpassa todos os demais princípios a ela concernentes, porque, conforme as circunstâncias, a afronta a qualquer dos princípios administrativos, expressos ou implícitos, pode configurar ato de improbidade administrativa.

No § 4.° do art. 37, a Carta da República estabelece que, **sem prejuízo da ação penal cabível,** os atos de improbidade administrativa acarretarão, na forma e gradação previstas em lei:

a) a suspensão dos direitos políticos;

b) a perda da função pública;

c) a indisponibilidade dos bens;

d) o ressarcimento ao erário.

Ainda, são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a probidade na administração (CF, art. 85, V).

Consideramos oportuno registrar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Rcl n.° 2138/DF, rei. orig. Min. Nelson Jobim, rei. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, em 13.06.2007, decidiu que a Lei n.° 8.429/1992, que tipifica e sanciona os atos de improbidade administrativa, de que trata o art. 37, § 4.°, da Constituição, **não** se **aplica** a todos os agentes políticos. Segundo entendimento da Corte Suprema, ela não se aplica aos agentes políticos sujeitos ao "regime de crime de responsabilidade".

Em qualquer caso, haja ou não uma ação de improbidade administrativa relacionada, as ações de ressarcimento ao erário são **imprescritíveis** (art. 37, § 5.°).

3. NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A doutrina utiliza a expressão "princípio da organização legal do serviço público" para traduzir a exigência, presente em nosso ordenamento, de que a criação de cargos, empregos e funções públicas, bem como a criação ou extinção de ministérios e órgãos da Administração Pública, sejam sempre feitas por meio de lei.

Em que pese a existência desse princípio, depois da EC n.° 32/2001 passaram a integrar as competências do Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre a organização e o funcionamento da Administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos

públicos, e extinguir, mediante decreto, funções ou cargos públicos, quando vagos (CF, art. 84, VI). Em ambos os casos, a competência é exercida por meio de **decreto autônomo,** diretamente baseado no texto constitucional (e não como regulamentação de alguma lei prévia).

Dessa forma, o quadro geral do princípio da organização legal do serviço público, em nosso ordenamento constitucional, pode ser assim sistematizado (as regras abaixo, endereçadas à Administração federal, aplicam-se às demais esferas, por simetria):

a) a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas federais é competência do Congresso Nacional, exercida por meio de lei, que será de iniciativa privativa do Presidente da República quando se tratar de cargos, funções ou empregos públicos na Administração Direta e autárquica federal (CF, art. 48, X, c/c art. 61, § 1.º, **II,** "a");

b) a **extinção** de funções ou cargos públicos federais **vagos** é competência privativa do Presidente da República, exercida por meio de decreto autônomo (CF, art. 84, VI, "b");

c) a **criação e extinção** de ministérios e órgãos da Administração Pública federal é competência do Congresso Nacional, exercida por meio de lei de iniciativa privativa do Presidente da República (CF, art. 48, XI, c/c art. 61, § L°, II, "e");

d) a organização e funcionamento da Administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos é competência privativa do Presidente da República, exercida por meio de decreto autônomo (CF, art. 84, VI, "a").

Por fim, deve-se consignar que a **criação** das **entidades da Administração Indireta** pressupõe sempre a edição de uma **lei específica.** Com efeito, o inciso XIX do art. 37 da Constituição, com a redação dada pela EC n.° 19/1998, assim estabelece:

> XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

Identificam-se, no dispositivo acima reproduzido, duas distintas modalidades de criação de tais entidades:

a) criação diretamente efetivada pela edição da lei específica, prevista para as autarquias; e

b) autorização para a criação dada por lei específica, prevista para as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações; nesse caso, o surgimento efetivo da entidade, ou seja, o seu nascimento, ocorre posteriormente, com a inscrição no registro público competente dos atos constitutivos editados pelo Poder Executivo.

A primeira forma de instituição dá origem a entidades com personalidade jurídica de direito público, como, de fato, são todas as autarquias.

O segundo modo de criação dá surgimento a entidades com personalidade jurídica de direito privado.

No que especificamente tange às fundações públicas, o STF entende que é possível a sua criação como pessoas jurídicas de direito público ou como pessoas jurídicas de direito privado (muito embora, evidentemente, não seja isso o que literalmente consta do inciso XIX do art. 37). No primeiro caso, teremos as denominadas fundações públicas de direito público, instituídas diretamente por lei específica, com regime jurídico em tudo assimilado ao das autarquias, a ponto de serem tidas, pelo STF, como "espécie do gênero autarquias" (por essa razão, às vezes são chamadas "fundações autárquicas" ou "autarquias fundacionais"). No segundo caso, teremos as assim chamadas fundações públicas de direito privado, com regime jurídico assemelhado ao das empresas públicas prestadoras de serviços públicos.

Seja qual for a espécie de fundação pública, o texto constitucional, com a EC n.° 19/1998, passou a prever a edição de uma **lei complementar** que defina as áreas de sua atuação (até hoje não editada).

Cabe mencionar que o Código Civil, no seu art. 41, inciso IV, arrola como espécie de autarquia as denominadas **associações públicas.** São exemplos de autarquia da espécie associação pública os consórcios públicos, previstos no art. 241 da Constituição e regulados pela Lei n.° 11.107/2005, quando os entes federados que instituam o consórcio público atribuam a ele personalidade jurídica de direito público. Nesse caso, tem-se uma autarquia integrante da Administração Indireta de mais de uma pessoa política; a doutrina refere-se a essas autarquias como "autarquias interfederativas" ou "autarquias multifederadas".

A **extinção** das autarquias (e das fundações públicas de direito público) deve ser feita, também, diretamente, pela edição de uma lei específica. Conquanto não haja consenso doutrinário, entendemos que a **extinção** das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das fundações públicas de direito privado exige, previamente, a edição de uma lei específica que autorize o Poder Executivo a proceder à extinção efetiva da entidade.

A regra do inciso XIX do art. 37 é complementada pela do inciso XX, nestes termos:

> XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;

Especificamente no caso de **criação de subsidiárias** dessas entidades, o STF firmou orientação segundo a qual a autorização legislativa, a que se refere o inciso XX do art. 37 da Constituição, não obstante a expressão "em cada caso", usada no texto constitucional, pode ser dada em caráter genérico[2] (o julgado referia-se especificamente a uma sociedade de economia mista, a Petrobras; todavia, a nosso ver, seus fundamentos e sua conclusão podem ser estendidos a todas as entidades da Administração Indireta). Da ementa do aresto prolatado, aprovado por unanimidade, consta que "é dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora".

4. NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO

No que respeita à possibilidade de ingresso na Administração Pública como agente público, dispõe a Constituição que "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei" (CF, art. 37, I).

Portanto, no caso dos brasileiros, natos ou naturalizados, basta o atendimento dos requisitos da lei para terem possibilidade de acesso aos cargos, empregos e funções públicas. Sendo cargo efetivo ou emprego permanente, será ainda necessária a prévia aprovação em concurso público. Caso se trate de cargo em comissão ou função de confiança, haverá livre nomeação, pela autoridade competente, de quem atenda os requisitos legais. Na contratação temporária, como regra, há um processo seletivo simplificado entre os interessados que satisfaçam às condições legais, dependendo da hipótese de contratação de que se trate.

A situação dos estrangeiros é diferente. O acesso deles aos cargos, empregos e funções públicas deve ocorrer "na forma da lei", vale dizer, eles somente poderão ter acesso aos cargos, empregos e funções públicas se hou-

ADI 1.649-1, rei. Min. Maurício Corrêa, 24.03.2004.

ver prévia lei autorizadora. Conforme lição do Prof. Alexandre de Moraes, trata-se de "norma constitucional de eficácia limitada à edição de lei, que estabelecerá a necessária forma".

Vale lembrar que existem cargos privativos de brasileiro nato, enumerados no art. 12, § 3.°, da Carta Política (Presidente e Vice-Presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal; Ministro do Supremo Tribunal Federal; carreira diplomática; oficial das forças armadas; Ministro de Estado da Defesa). Evidentemente, em nenhuma hipótese podem ser eles ocupados por brasileiro naturalizado, muito menos por estrangeiro.

A exigência de que a lei estabeleça os requisitos para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas é importante para afastar a possibilidade de editais de concursos públicos criarem exigências não previstas em lei.

O STF já decidiu, por exemplo, que "o edital de concurso não é instrumento idôneo para o estabelecimento de limite mínimo de idade para a inscrição em concurso público; para que seja legítima tal exigência é imprescindível a previsão em lei".[3]

É ilustrativa, outrossim, a Súmula 686 do STF: "Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público."

Mesmo a lei, ao estabelecer os requisitos, deve respeitar os princípios constitucionais, sobretudo o princípio da isonomia, bem como a razoabilidade e proporcionalidade. Vale dizer, é possível o estabelecimento de limitações legais ao acesso de pessoas em situações específicas a determinados cargos, empregos ou funções públicas, desde que o critério para a discriminação seja razoável.

O Prof. Hely Lopes Meirelles apresenta o seguinte exemplo, perfeitamente ilustrativo da conciliação que se deve fazer entre o princípio da isonomia e o princípio da razoabilidade na fixação de exigências para o desempenho de funções públicas: "se determinado cargo de datilografo pode ser exercido indiferentemente por pessoas do sexo feminino ou masculino, a discriminação fundada nesse atributo pessoal do candidato será indevida; entretanto, se o que a Administração deseja é uma pessoa do sexo feminino para ocupar o cargo de datilografo numa penitenciária de mulheres, o estabelecimento desse requisito não constituirá discriminação ilegal".

Sobre esse aspecto, vale mencionar a Súmula 683 do STF, segundo a qual "o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima

[3] RE 182.432/RS, rei. Min. Néri da Silveira, 05.03.2002.

em face do art. 7.°, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido".

A Constituição de 1988 tornou obrigatória a aprovação prévia em concurso público - que deve ser de provas, ou de provas e títulos - para o provimento de quaisquer cargos efetivos ou empregos permanentes na Administração Direta e Indireta, inclusive para o preenchimento de empregos nas empresas públicas e sociedades de economia mista (CF, art. 37, II).

Nos termos da Súmula 685 do STF, "é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido".

As pessoas portadoras de deficiência devem ter reservado para si, por lei, um percentual dos cargos e empregos públicos oferecidos nos concursos públicos (CF, art. 37, VIII). Essas pessoas estão sujeitas ao concurso, mas há vagas específicas para elas reservadas. A Constituição determina que a lei estabeleça os critérios de sua admissão. A título de exemplo, cabe reproduzir o art. 5.°, § 2.°, da Lei n.° 8.112/1990, que regulou a norma constitucional, na esfera federal, nestes termos: "Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso." A análise da compatibilidade das atribuições do cargo com a deficiência apresentada deverá ficar a cargo de junta médica oficial.

A exigência de concurso público não abrange a nomeação para cargos em comissão, os quais, por definição, são de livre nomeação e exoneração com base exclusiva em critérios subjetivos de confiança da autoridade competente. Não há obrigatoriedade de aprovação em concurso público, também, nos casos de contratação temporária previstos no inciso IX do art. 37 da Constituição.

Cabe mencionar, ainda, que a EC n.° 51/2006 acrescentou três parágrafos ao art. 198 da Constituição (artigo que trata do Sistema Único de Saúde), com vistas a disciplinar a contratação de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, e estabeleceu que esses profissionais devem ser admitidos por meio de **"processo seletivo público,** de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação" (art. 198, § 4.^{0}).[4]

Preceitua o § 2.° do art. 37 que a inobservância da exigência de concurso público, bem como o desrespeito a seu prazo de validade, implicará a nulidade do ato (ato de nomeação e posse, no caso de cargos públicos, ou a celebração do

[4] A contratação desses agentes está, hoje, disciplinada na Lei n.° 11.350/2006.

contrato de trabalho, no caso de empregos públicos) e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

O prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período (CF, art. 37, III). A fixação do prazo de validade, em cada caso, é feita pelo edital do concurso. O prazo de validade, que é contado a partir da homologação do concurso público, é o período durante o qual a Administração poderá nomear ou contratar os aprovados para o provimento ou preenchimento do cargo ou emprego público a que se destinava o concurso.

Durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira (CF, art. 37, IV).

Consoante a jurisprudência consagrada do Supremo Tribunal Federal, mesmo com a aprovação em concurso público, não há para o candidato direito adquirido à nomeação, mas simples expectativa de direito. Apenas no caso de ocorrer nomeação com preterição da ordem de classificação é que surge, para o candidato preterido, efetivo direito subjetivo de ser nomeado. É o que deflui da Súmula 15 do STF: "Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação."[5]

Uma questão importante concerne à possibilidade de apreciação, pelo Poder Judiciário, do conteúdo das questões do concurso em comparação com os respectivos gabaritos divulgados pela Administração, dos critérios de correção, bem como da correspondência entre o programa constante do edital e as matérias abordadas nas questões.

O Supremo Tribunal Federal, tradicionalmente, entende que esse tipo de análise implicaria controle do mérito administrativo e não controle de legalidade ou legitimidade. Por isso, segundo sua jurisprudência, seria incabível a verificação, pelo Judiciário, dos gabaritos apresentados, comparados com o conteúdo das questões formuladas, bem como de seus critérios de correção (na dicção da Corte Suprema, não pode o Judiciário "substituir-se à banca examinadora do concurso nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas"). Em alguns julgados, o STF entendeu inadmissível, outrossim, por considerar também mérito administrativo, a verificação de adequação entre o conteúdo das questões e os programas das disciplinas constantes do edital do concurso.[6]

[5] Sobre a exigência de que seja respeitada a ordem de classificação no concurso público, ver também a ADI 2.949/MG, rei. Min. Joaquim Barbosa, 26.09.2007, na qual o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional lei estadual que possibilitava efetivação em cargo público de determinados servidores não estáveis, exigindo apenas sua aprovação em concurso público, independentemente da ordem de classificação.

[6] RE 315.007/CE, rei. Min. Moreira Alves, 1." T., 26.03.2002.

É relevante frisar, entretanto, que o entendimento acerca desse último ponto - possibilidade de controle judicial da compatibilidade entre o conteúdo das questões e os programas das disciplinas constantes do edital - foi modificado em 2005, pela mesma Primeira Turma, no julgamento do RE 434.708/RS, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 21.06.2005. Nessa ação, o STF manteve acórdão do TJ do Rio Grande do Sul, que entendera que duas questões de um concurso público diziam respeito a assunto não incluído no edital, referindo-se, portanto, à matéria de legalidade consistente na pertinência das questões ao programa do edital. Asseverou-se que o edital, nele incluído o programa, é a lei do concurso e, por isso, suas cláusulas obrigam os candidatos e a Administração Pública. Por conseguinte, havendo controvérsia acerca da legalidade do ato e pretensão de direito subjetivo lesado a apurar, é cabível o acesso à jurisdição (CF, art. 5.°, XXXV). Transcreve-se a ementa do RE 434.708/RS:

> Concurso público: controle jurisdicional admissível, quando não se cuida de aferir da correção dos critérios da banca examinadora, na formulação das questões ou na avaliação das respostas, mas apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame, dado que o edital - nele incluído o programa - é a lei do concurso.

O inciso V do art. 37 da Constituição disciplina o preenchimento de cargos em comissão e de funções de confiança. São as seguintes as regras ali contidas:

a) as funções de confiança e os cargos em comissão destinam-se **exclusivamente** às atribuições de direção, chefia e assessoramento;
b) as funções de confiança devem ser exercidas **exclusivamente** por servidores ocupantes de cargo efetivo;
c) os cargos em comissão podem ser preenchidos por pessoas que não tenham ingressado no serviço público mediante concurso, mas a lei deve estabelecer percentuais mínimos das vagas em cargos em comissão a serem preenchidas por servidores de carreira (servidores que tenham ingressado no serviço público mediante concurso público).

É relevante registrar que o Supremo Tribunal Federal, em decisão histórica, prestigiando sobremaneira os princípios constitucionais que orientam a atuação da Administração Pública como um todo, sobretudo os postulados da moralidade administrativa e da impessoalidade, considerou ofensiva à Constituição a prática do denominado nepotismo (nomeação de parentes, consangüíneos ou por afinidade, para cargos em comissão e funções de confiança).[7] Conforme o entendimento de nossa Corte Suprema, a vedação ao nepotismo, inclusive ao

ADC 12/DF, rei. Min. Carlos Britto, 20.08.2008; RE 579.951/RN, rei. Min. Ricardo Lewandowski, 20.08.2008.

chamado "nepotismo cruzado" (dois agentes públicos, em conluio, nomeiam familiares um do outro), não depende de lei formal para ser implementada; tal proibição decorre, diretamente, dos princípios expressos no art. 37, *caput,* da Carta de 1988, devendo ser observada por todos os Poderes da República e por todos os entes da Federação. A partir dessa orientação, editou a **Súmula Vinculante 13,** cuja redação transcrevemos:

> A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

O inciso IX do art. 37 da CF/88 prevê uma outra forma de admissão de pessoal pela Administração Pública, diversa do preenchimento de cargos efetivos e empregos públicos mediante concurso público, e diversa da nomeação para cargos em comissão. Trata-se da contratação por tempo determinado, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público.

Na esfera federal, a contratação por prazo determinado encontra-se disciplinada pela Lei n.° 8.745/1993, bastante alterada por leis posteriores. O pessoal contratado com base nessa lei não pode ser considerado estatutário (pois o regime jurídico trabalhista a que se submetem é contratual), nem celetista (não são regidos pela CLT). Não ocupam cargos na Administração Pública. O regime de previdência a que estão sujeitos é o regime geral de previdência social (RGPS), de que trata o art. 201 da Constituição Federal. Podemos dizer que os contratados com base na Lei n.° 8.745/1993 exercem **função pública** remunerada temporária em determinado órgão ou entidade da Administração.

A contratação temporária na esfera federal não é feita mediante concurso público, mas sim por meio de **processo seletivo simplificado** sujeito a ampla divulgação, inclusive no Diário Oficial da União. É dispensado processo seletivo na hipótese de contratação para atender às necessidades decorrentes de **calamidade pública** e de **emergência ambiental.** Em alguns casos, como no de contratação de professor e pesquisador visitante estrangeiro, a Lei n.° 8.745/1993 permite a seleção baseada somente em **análise de currículo** que demonstre notória capacidade técnica ou científica do profissional.

Acerca da natureza das funções a serem exercidas pelos agentes contratados com base no inciso IX do art. 37 da Constituição, parte da doutrina defende que não só a contratação deve decorrer de situação excepcional e transitória, mas também que as funções a serem exercidas tenham caráter

extraordinário ou temporário. Essa tese **não foi acolhida** pelo STF, que, no julgamento da ADI 3.068/DF, rei. orig. Min. Marco Aurélio, rei. p/ acórdão Min. Eros Grau, 25.08.2004, decidiu que somente a situação ensejadora da contratação deve ser obrigatoriamente excepcional, mas a função poderia ser regular, ordinária, permanente. Em síntese, **temporária tem que ser a necessidade, não a natureza da atividade** para a qual se contrata.

5. NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE O REGIME JURÍDICO DOS AGENTES PÚBLICOS

5.1. Noções gerais

Não há consenso doutrinário sobre nomes e classificações das pessoas que mantêm vínculo de natureza funcional com o Estado.

Apresentaremos, abaixo, uma classificação que entendemos ser útil, sobretudo, para que seja estabelecido um uso homogêneo de designações nesta obra.

Utilizamos a expressão agente público como a mais genérica, abrangendo todos quantos tenham algum vínculo, mesmo que temporário e não remunerado, com o Estado. Dividem-se em:

a) **agentes políticos;**

Embora existam divergências, consideramos agentes políticos todos os detentores de mandato eletivo, os agentes de primeiro escalão - ministros de estado, secretários estaduais e distritais, secretários municipais -, os juízes, os membros do Ministério Público e os ministros ou conselheiros dos tribunais de contas.

b) **agentes administrativos:**

b.l) servidores públicos;

São os agentes administrativos que mantêm vínculo **estatutário** com a Administração. Podem ser **servidores públicos efetivos,** que ocupam cargos efetivos, nos quais ingressam mediante concurso, ou **servidores públicos comissionados,** que ocupam cargos em comissão, para os quais são livremente nomeados. Os servidores efetivos podem adquirir estabilidade, desde que cumpram os requisitos constitucionais; os servidores comissionados, quando ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, não adquirem estabilidade, independentemente do tempo em que permaneçam no cargo.

b.2) **empregados públicos;**

São agentes administrativos que mantêm relação funcional contratual (celetista) com a Administração. Ingressam por concurso público, mas não adquirem estabilidade.

b.3) exercedores de funções públicas.

Aqui se enquadram os ageates objeto de contratação para atender necessidade temporária de excepcional interesse público (CF, art. 37, IX) e os servidores efetivos que exercem funções de confiança (CF, art. 37, V).

A doutrina menciona, ainda, os denominados "agentes honoríficos" ou "agentes colaboradores", que são as pessoas que exercem funções temporárias e não remuneradas, como a de jurado ou de mesário em eleições. Essas pessoas não possuem cargo nem emprego público, evidentemente.

A Constituição Federal de 1988 não utiliza, em nenhum ponto, a expressão "funcionário público". Essa expressão só é usada, hoje, no Direito Penal, e engloba praticamente todos os agentes públicos (CP, art. 327), podendo incluir até agentes de delegatárias de serviços públicos (concessionárias, permissionárias e autorizadas).

Outras definições devem ser estabelecidas, ainda, por reportarem-se a vocábulos ou expressões utilizados no texto constitucional. São elas:

a) **cargos públicos;**

> Cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de direito público e criadas por lei. (Celso Antônio B. de Mello)

Os titulares de cargos públicos submetem-se ao regime estatutário ou institucional (não-contratual). São os servidores públicos efetivos e comissionados, conforme o cargo seja efetivo ou em comissão. Cargos públicos são próprios de pessoas jurídicas de direito público.

b) **empregos públicos;**

> Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista. (Celso Antônio B. de Mello)

O regime jurídico é trabalhista (contratual), com as derrogações diretamente decorrentes da Constituição. É a forma de contratação própria das pessoas jurídicas de direito privado.

c) **funções públicas.**

Para Maria Sylvia Di Pietro, são funções públicas as funções de confiança e as exercidas pelos agentes públicos contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (CF,

art. 37, IX). Em nenhum caso há concurso público para o preenchimento de funções públicas.

Em seu texto originário (CF, art. 39, *caput)*, a Constituição de 1988 exigia que cada um dos entes federados adotasse um único regime jurídico para o pessoal de suas pessoas jurídicas de direito público (o denominado "regime jurídico único"). A EC n.° 19/1998 extinguiu a obrigatoriedade de adoção de regime jurídico único, passando cada pessoa política a ser, em tese, livre para admitir pessoal permanente na respectiva Administração Direta, autarquias e fundações públicas pelo regime estatutário ou pelo contratual.

É **muito relevante registrar que a modificação do caput do art. 39, introduzida pela EC n.° 19/1998, teve sua eficácia suspensa, pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de agosto de 2007,** porque a Câmara dos Deputados não observou, quanto a esse dispositivo, a exigência de aprovação em dois turnos (CF, art. 60, § 2.°). Por essa razão, no julgamento da ADI 2.135/DF, em 2 de agosto de 2007, nossa Corte Suprema **deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 39, caput, da Constituição Federal, com a redação da EC n.° 19/1998,** esclarecendo, expressamente, que **a decisão terá efeitos prospectivos** *(cx nunc),* isto é, **toda a legislação editada durante a vigência do artigo 39, caput, com a redação da EC n.° 19/1998, continua válida.** Não obstante, deve ficar claro que, a partir dessa decisão, e até que seja decidido o mérito da causa, **voltou a vigorar a redação original do caput do art. 39 da Constituição,** que, conforme afirmado, exige a adoção, por parte de cada ente da Federação, de um só regime jurídico aplicável a todos os servidores integrantes de suas Administrações direta, autárquica e fundacional.

O **regime estatutário** é um regime legal (não há contrato de trabalho). Por isso, pode ser modificado unilateralmente, sempre que se modifique a lei (não há direito adquirido à manutenção do regime jurídico). É um regime típico de direito público.

O regime dos empregados públicos é contratual. Por isso, é bilateral e as condições ou os termos do contrato não podem ser modificados unilateralmente. E próprio das pessoas jurídicas de direito privado.

O regime jurídico dos agentes públicos estatutários (servidores públicos) na esfera federal está estabelecido na Lei n.° 8.112/1990. Sob a vigência da redação do *caput* do art. 39 da Constituição dada pela EC n.° 19/1998, foi editada a Lei n.° 9.962/2000, regulando a contratação de empregados públicos na Administração Direta, autarquias e fundações públicas federais. Cabe repisar que essa possibilidade foi suspensa, mediante medida cautelar, a partir do julgamento da ADI 2.135/DF, em 2 de agosto de 2007.

Os empregados públicos das pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública de qualquer esfera são regidos pela CLT, observadas as derrogações diretamente determinadas pela Constituição Federal, a exemplo

da exigência de aprovação prévia em concurso público e das restrições à acumulação remunerada com outros empregos públicos ou cargos.

5.2. Direito de associação sindical dos servidores públicos

O inciso VI do art. 37 da vigente Constituição garante ao servidor público civil o direito à livre associação sindical, nos mesmos moldes em que é assegurado esse direito aos trabalhadores em geral (CF, art. 8.°). A norma do art. 37, VI, é auto-aplicável, diferentemente, como veremos, do direito de greve do servidor público civil.

Cabe observar que o STF declarou inconstitucionais os dispositivos da Lei n.° 8.112/1990 que previam o direito de negociação coletiva e de ajuizamento de ações coletivas frente à **Justiça do Trabalho** (alíneas "d" e "e" do art. 240, posteriormente revogadas pelo art. 18 da Lei n.° 9.527/1997). Firmou-se o entendimento de que as lides entre os servidores públicos federais e a Administração Pública federal são de competência da **Justiça Federal.**[8] Impende registrar, ademais, a Súmula 679 do STF, segundo a qual "a fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva".

Por fim, anota-se que, para os militares, existe regra oposta, vale dizer, a eles são vedadas, em sede constitucional, a sindicalização e a greve, proibição esta consubstanciada em norma auto-aplicável (art. 142, IV), não comportando qualquer exceção.

5.3. Direito de greve dos servidores públicos

O inciso VII do art. 37 concede aos servidores públicos civis o direito de greve. A norma, em nossa opinião, insere-se na categoria das normas constitucionais de eficácia **limitada,** segundo a já consagrada classificação de José Afonso da Silva.

É oportuno observar que o direito de greve do trabalhador da iniciativa privada está assegurado no art. 9.° da Constituição, que é uma norma auto-exercitável, embora passível de ulterior restrição pelo legislador ordinário (exemplo típico de norma de eficácia contida, segundo a classificação de José Afonso da Silva).

Diferentemente, repita-se, o inciso VII do art. 37 não é auto-aplicável, ou seja, o direito de greve do servidor público não pode ser considerado automaticamente exercitável com a simples promulgação da Constituição de 1988.

[8] ADI 492/DF, 12.03.1993.

É necessária a edição de lei ordinária específica que estabeleça os termos e limites do exercício do direito de greve do servidor público civil (no texto originário da Constituição, modificado pela EC n.° 19/1998, era exigida lei complementar).

A lei regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, requerida pela Carta da República, até hoje não foi editada. É relevante registrar que, em face da desabrida inércia de nosso legislador, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de três mandados de injunção (MI 670 e 708, rei. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 712, rei. Min. Eros Grau, 25.10.2007), adotando a denominada posição concretista geral, **determinou a aplicação temporária ao setor público, no que couber, da lei de greve vigente no setor privado** (Lei n.° 7.783/1989), até que o Congresso Nacional edite a mencionada lei regulamentadora.

Por fim, anotamos que o direito de greve é vedado aos militares, sem nenhuma exceção, nos termos do art. 142, IV, da CF/88.

5.4. Regras constitucionais pertinentes à remuneração dos agentes públicos

A Constituição de 1988 estabeleceu em seu texto diversas regras relativas à remuneração dos servidores públicos, buscando evitar distorções e abusos prejudiciais ao equilíbrio das contas públicas e mesmo à moralidade administrativa. Sem embargo dessa preocupação, observamos que, infelizmente, o próprio texto constitucional é, em muitos pontos, vago ou impreciso, especialmente no uso de expressões para a designação das diferentes espécies e parcelas remuneratórias que os agentes públicos podem receber.

Podemos, em linhas amplas, afirmar que, após a EC n.° 19/1998, o sistema remuneratório dos agentes públicos em geral passou a ser composto por três distintas categorias jurídicas, a saber:

a) **subsídio;**

Introduzido pela EC n.° 19/1998, o subsídio caracteriza-se por ser um estipêndio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória.

É modalidade de remuneração (em sentido amplo) de aplicação obrigatória para os agentes políticos (chefes dos Executivos, deputados, senadores, vereadores, ministros de estado, secretários estaduais e municipais, membros da magistratura, membros do Ministério Público, ministros dos tribunais de contas etc.) e para servidores públicos de determinadas carreiras (Advocacia-Geral da União, Defensoria Pública, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional,

procuradorias dos estados e do DF, Polícia Federal, Polícia Ferroviária Federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares).

Ao lado das hipóteses em que é obrigatório, o subsídio pode, a critério do legislador ordinário, ser adotado também para **servidores públicos organizados em carreira (CF,** art. **39, § 8.°).**

b) vencimentos;

Percebem vencimentos, ou, simplesmente, remuneração (em sentido estrito), os agentes administrativos submetidos a regime jurídico estatutário (servidores públicos). Segundo algumas leis (por exemplo, Lei n.° 8.852/1994, art. l.°), e parte da doutrina, os vencimentos são compostos pelo vencimento básico do cargo (correspondente ao padrão do cargo estabelecido em lei, normalmente denominado, apenas, vencimento, no singular) e mais as vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, relativas ao cargo.

c) **salário.**

É a contraprestação pecuniária paga aos empregados públicos, contratados sob o regime jurídico da trabalhista (contratual).

A seguir, serão analisados os principais dispositivos constitucionais acerca da remuneração (em sentido amplo) dos agentes públicos.

5.4.1. Fixação da remuneração e revisão geral anual

O inciso X do art. 37 da CF/88, com a redação dada pela EC n.° 19/1998, determina que "a remuneração dos servidores públicos e o subsídio (...) somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices".

A iniciativa privativa das leis que fixem ou alterem remunerações dependerá do cargo a que a lei se refira. São as seguintes as principais hipóteses de iniciativas de leis que tratem de remuneração de cargos públicos:

a) são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que fixem ou alterem as remunerações dos cargos da estrutura do Poder Executivo federal (CF, art. 61, § 1.°, II, "a");

b) são de iniciativa privativa da Câmara dos Deputados as leis que fixem ou alterem as remunerações dos cargos de sua estrutura organizacional (CF, art. 51, IV);

c) são de iniciativa privativa do Senado Federal as leis que fixem ou alterem as remunerações dos cargos de sua estrutura organizacional (CF, art. 52, XIII);

d) no Poder Judiciário, a regra é a competência privativa de cada tribunal para a proposta de lei que fixe ou altere as remunerações dos cargos integrantes de suas estruturas organizacionais (CF, art. 96, II, "b");

e) a fixação do subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal é de iniciativa privativa do próprio STF (CF, art. 96, II, "b", c/c art. 48, XV - deve-se registrar, por óbvio, que o projeto de lei resultante, como qualquer outro projeto de lei, será submetido à sanção ou veto do Presidente da República);

f) a fixação do subsídio dos deputados federais, dos senadores, do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos ministros de estado é da competência exclusiva do Congresso Nacional, não sujeita à sanção ou veto do Presidente da República (CF, art. 49, VII e VIII).

A parte final do inciso X do art. 37 assegura revisão geral anual da remuneração e do subsídio dos servidores públicos sempre na mesma data e sem distinção de índices. Antes da EC n.° 19/1998, os militares estavam incluídos nessa regra, o que não mais ocorre.

Cabe ressaltar, ainda, que foi somente a partir da EC n.° 19/1998 que o inciso passou a estabelecer **periodicidade anual** para a revisão geral de remuneração. O texto originário exigia revisão na mesma data, mas não aludia a qualquer periodicidade.

Por causa dessa exigência de que haja revisão anual das remunerações, o STF declarou a "mora legislativa, de responsabilidade do Presidente da República", por haver deixado de apresentar o projeto de lei necessário à revisão geral das remunerações dos servidores federais, uma vez que a matéria é de sua iniciativa privativa, consoante o art. 61, § 1.°, II, "a", do texto constitucional.[9]

Desde 2002, então, o Poder Executivo federal tem apresentado projetos de lei visando a dar cumprimento formal ao dispositivo constitucional em comento. Trata-se de cumprimento meramente formal, porque os índices de reajustes concedidos têm sido totalmente dissociados de qualquer índice de inflação, não acompanhando, sob nenhuma perspectiva, o aumento do custo de vida. Dessarte, sob o aspecto substancial, o inciso X do art. 37 da Carta Magna continua a ser fragorosamente menoscabado, uma vez que a "revisão geral anual" das remunerações dos servidores públicos não tem, minimamente, almejado preservar o seu poder aquisitivo.

5.4.2. Limites de remuneração dos servidores públicos

O inciso XI do art. 37 estabelece a regra conhecida como **teto constitucional** de remuneração dos servidores públicos.

ADInPO 2.061/DF, rei. Min. limar Galvão, 25.04.2001.

A fixação de limites de remuneração a ser paga por todos os poderes de cada uma das esferas da Federação tem o intuito óbvio de evitar a existência de cargos ou de servidores recebendo valores absurdamente elevados, incompatíveis com a realidade do Brasil.

Esse dispositivo foi alterado pela EC n.° 19/1998 e, apenas cinco anos depois, foi novamente modificado com a promulgação da EC n.° 41/2003 (segunda "reforma da previdência"). É o seguinte o longo texto atual do inciso XI do art. 37 da Constituição:

> XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

O texto original da Constituição previa um teto de remuneração para cada poder e para cada esfera da Federação. A EC n.° 19/1998 unificou todos os tetos, estabelecendo como limite único o subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Tal subsídio, para efeito de limite geral de remuneração, deveria ser fixado por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal. Essa lei não chegou a ser editada, pelas evidentes dificuldades de acordo decorrentes dessa inusitada idéia de "iniciativa conjunta" de uma lei.

A EC n.° 41/2003 novamente modificou o dispositivo em análise. Atualmente, há um teto absoluto, que é o subsídio dos ministros do STF, e outros limites nos estados, Distrito Federal e Municípios, que podem ser inferiores ou, no máximo, iguais ao subsídio dos ministros do STF. Além disso, a EC n.° 41/2003, em boa hora, eliminou a exigência de iniciativa conjunta do projeto de lei de fixação dos subsídios dos ministros da Corte Suprema; a iniciativa volta a ser do próprio Supremo Tribunal Federal, nos termos do atual art. 96, II, "b", da Constituição.

A Emenda Constitucional n.° 47, de 05.07.2005, conquanto não tenha modificado diretamente a redação do inciso XI do art. 37, acrescentou dois parágrafos a esse artigo, com repercussão relevante na aplicação daquele inciso. Com efeito, o § 11 do art. 37, acrescentado pela EC n.° 47/2005, determina que **não serão computadas na aplicação do teto de remuneração "as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei".** O art. 4.° da EC n.° 47/2005 cuidou de dar aplicação imediata a esse novo dispositivo, mediante regra de transição, segundo a qual "enquanto não editada a lei a que se refere o § 11 do art. 37 da Constituição Federal, não será computada, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do *caput* do mesmo artigo, qualquer parcela de caráter indenizatório, assim definida pela legislação em vigor na data de publicação da Emenda Constitucional n.° 41, de 2003".

O segundo acréscimo trazido pela EC n.° 47/2005, também relacionado à aplicação do teto constitucional de remuneração, consiste no § 12 do art. 37, que faculta "aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal". Esse teto único, caso adotado, não se aplicará aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais, nem dos Vereadores, pois eles possuem limites próprios previstos em outros dispositivos da Constituição (art. 27, § 2.°; art. 29, incisos VI e VII; art. 32, § 3.°).

As principais observações, que entendemos pertinentes, acerca dos tetos de remuneração previstos no texto constitucional, após a EC n.° 41/2003 e a EC n.° 47/2005, são as seguintes:

a) há um teto absoluto, correspondente ao subsídio dos ministros do STF, a ser fixado em lei de iniciativa do STF, estando o projeto de lei resultante, como qualquer outro projeto de lei, sujeito à sanção ou veto do Presidente da República. Esse teto não pode ser ultrapassado por nenhum Poder em nenhuma esfera da Federação;

b) além do limite absoluto representado pelo subsídio dos ministros do STF, o texto constitucional estabelece limites para os estados, o DF e os municípios, a saber: (i) nos municípios, o teto é o subsídio percebido pelo Prefeito; (ii) nos estados e no DF há um limite diferenciado por Poder, correspondendo ao subsídio mensal do Governador, para o Poder Executivo, ao subsídio dos deputados estaduais e distritais, no Poder Legislativo, e ao subsídio dos desembargadores do Tribunal de Justiça, no âmbito do Poder Judiciário;

c) os estados e o Distrito Federal têm a faculdade de fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como **limite único,** o subsídio mensal dos desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado esse limite único a 90,25% do subsídio mensal dos ministros do

Supremo Tribunal Federal. Esse subteto único, caso adotado, não se aplicará aos subsídios dos deputados estaduais e distritais, nem dos vereadores;

d) os limites incluem todas as espécies remuneratórias e todas as parcelas integrantes do valor total percebido, incluídas as vantagens pessoais ou quaisquer outras, excetuadas as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei;

e) os limites abrangem os valores resultantes de acumulação de remunerações ou subsídios, ou de remunerações ou subsídios com proventos, pensões ou qualquer outra espécie remuneratória, seja ou não lícita a acumulação;

f) relativamente ao salário dos empregados públicos das empresas públicas e das sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, os tetos somente se aplicam àquelas que receberem recursos da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral (CF, art. 37, § 9.º).

Sem embargo dos pontos acima listados, é relevante registrar que o Supremo Tribunal Federal julgou **inconstitucional o estabelecimento de limites diferentes de remuneração para os magistrados estaduais e federais.** Frise-se que o STF só considerou ilegítima a distinção de limites remuneratórios entre os **magistrados federais e estaduais** (e **não** entre os demais servidores do Poder Judiciário estadual, comparados com os demais servidores do Poder Judiciário federal). Por isso, **não** foi suprimida nenhuma parte das disposições constitucionais relativas às regras de teto de remuneração. O que a Corte fez foi **dar interpretação conforme à Constituição ao art. 37, inciso XI, e seu § 12,** para excluir a submissão dos **membros da magistratura estadual** ao subteto de remuneração (ADIMC n.° 3.854/DF, rei. Min. Cezar Peluso, 28.02.2007).

Dessa forma, os subsídios dos desembargadores dos Tribunais de Justiça **não** estão limitados a 90,25% do subsídio mensal dos ministros do STF, **nem** esse valor de 90,25% do subsídio mensal dos ministros do STF é aplicável para determinação do valor dos subsídios dos demais **magistrados estaduais.** Mas esse valor - 90,25% do subsídio mensal dos ministros do STF - é, sim, aplicável como limite para a remuneração dos demais servidores (não magistrados) do Poder Judiciário estadual.

Por fim, merecem registro, ainda, três outros dispositivos constitucionais que seguem a mesma diretriz desse inciso XI do art. 37, traduzida no escopo de reduzir distorções que resultem em excessivamente elevadas remunerações de servidores públicos.

O primeiro deles é o inciso XII do art. 37, que determina que "os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo". Evidentemente, essa regra somente pode se referir a cargos assemelhados nos três Poderes.

O segundo é o inciso XIII do mesmo artigo, que proíbe "a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público". É uma vedação dirigida ao legislador. Evitam-se, assim, reajustes automáticos de remuneração, bem como aumentos em cascata, como ocorreriam, por exemplo, no caso de vinculação de remunerações a indexadores cuja variação fosse atrelada à inflação, ou no de igualamento, pela lei, de remunerações de cargos com funções desiguais.

No julgamento da ADI 3491/RS, rei. Min. Carlos Britto, em 27.09.2006, o STF declarou inconstitucional, por violar o inciso XIII do art. 37 da Constituição, lei estadual que vinculava o reajuste dos subsídios do governador, do vice-governador e dos secretários de estado ao reajuste concedido aos servidores públicos estaduais.[10]

É oportuno, também, anotar, a respeito desse inciso XIII do art. 37, o disposto na Súmula 681 do Supremo Tribunal Federal, abaixo reproduzida:

> **681** - É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária.

O terceiro dispositivo é o inciso XIV do art. 37 da Carta da República, segundo o qual "os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores".

O principal objetivo dessa regra foi abolir a situação, antes usual, em que o servidor, depois de exercer por alguns anos uma função gratificada de um determinado nível, incorporava o valor dela ao seu vencimento e, passando a exercer outra função gratificada de um nível superior, recebia esta calculada sobre o valor do vencimento já acrescido da incorporação da função anterior, e assim sucessivamente, podendo tais incidências cumulativas (sobre incorporações de adicionais anteriores) levar a montantes totais de remuneração extremamente elevados.

5.4.3. Irredutibilidade dos vencimentos e subsídios

O inciso XV do art. 37 da Constituição estabelece uma regra há muito consagrada em nosso ordenamento, que assegura a denominada irredutibilidade dos vencimentos dos cargos públicos. É o seguinte o texto do dispositivo:

Deve-se registrar que, na mesma ADI 3.491/RS, o Tribunal Maior entendeu que a lei estadual estava, também, contrariando o art. 49, inciso VIII, da Carta Política, de observância obrigatória pelos estados-membros, que estabelece a competência exclusiva do Congresso Nacional para fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado. Assim, fixar os subsídios do governador, do vice-governador e dos secretários de estado é competência exclusiva da assembléia legislativa, ou seja, essa fixação não é passível de ser estabelecida mediante lei.

> "XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4.°, 150, II, 153, III, e 153, § 2.°, I;"

Importante problema deste dispositivo é sua imprecisão terminológica, consubstanciada na referência a "vencimentos" de empregos públicos. Ora, empregado público, regido precipuamente pela CLT, recebe **salário,** e os salários possuem regra própria, constante do art. 7.°, inciso VI, da Constituição, que, apesar de assegurar a irredutibilidade, ressalva o disposto em convenção ou acordo coletivo.

A irredutibilidade não impede a criação ou majoração de tributos incidentes sobre os vencimentos ou subsídios, mesmo que sejam tributos que incidam diferenciadamente sobre essas modalidades remuneratórias (como ocorre com a contribuição previdenciária dos servidores públicos aposentados e de seus pensionistas, inexistente para os aposentados e pensionistas do regime geral de previdência social).

Deve-se enfatizar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma que essa irredutibilidade dos vencimentos e subsídios é **nominal,** ou seja, não confere direito a reajustamento em decorrência de perda de poder aquisitivo da moeda. Em outras palavras, inexiste garantia de irredutibilidade **real** de vencimentos ou subsídios. Assim, não importam os índices de inflação; mantidos inalterados os vencimentos estará respeitado o direito à irredutibilidade.

5.5. Vedação à acumulação de cargos, empregos e funções públicos

Os incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição estabelecem a regra geral de vedação à acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicos pelos agentes da Administração. Unicamente nas hipóteses expressamente previstas no próprio texto constitucional será lícita a acumulação, mesmo assim, quando houver compatibilidade de horários.

A redação dos incisos XVI e XVII foi alterada pela EC n.° 19/1998, com o principal objetivo de explicitar a aplicabilidade do teto constitucional de remuneração, estabelecido no inciso XI do mesmo art. 37, aos casos de acumulação lícita e de estender a proibição de acumulação às subsidiárias das empresas públicas e das sociedades de economia mista e a qualquer empresa controlada, direta ou indiretamente, pelo Poder Público. Posteriormente, a redação da alínea "c" do inciso XVI foi alterada pela EC n.° 34/2001, para ampliar as hipóteses de acumulação lícita. Essa alínea que, antes, contempla-

va exclusivamente "dois cargos privativos de médico", passou a referir-se a "dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas", corrigindo uma discriminação, a nosso ver, absolutamente injustificável, perpetrada pelo constituinte originário.

É a seguinte a redação atual dos dispositivos:

> XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:
>
> a) a de dois cargos de professor;
>
> b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;
>
> c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;
>
> XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

Devem ser registradas outras hipóteses de acumulação remunerada lícita constantes do texto constitucional, a saber:

1) a permissão de acumulação para os vereadores, prevista no art. 38, III;
2) a permissão para os juizes exercerem o magistério, conforme o art. 95, parágrafo único, inciso I;
3) a permissão para os membros do Ministério Público exercerem o magistério, estabelecida no art. 128, § 5.°, II, "d".

O art. 17, § 2.°, do ADCT, que assegurava o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde aos servidores e empregados públicos da Administração Direta ou Indireta que os estivessem exercendo na data da promulgação da Constituição de 1988, restou inócuo, uma vez que, após a EC n.° 34/2001, tornou-se permitida a acumulação para quaisquer profissionais de saúde com profissão regulamentada, como acima explicado.

A proibição estende-se à acumulação de proventos de aposentadoria pagos pelos regimes próprios de previdência social (RPPS dos estatutários de cargos efetivos, dos militares dos estados e do Distrito Federal e das forças armadas) com remuneração da atividade. Trata-se, todavia, de uma vedação menos abrangente, porque não inclui os cargos eletivos nem os cargos em comissão (além de não incluir proventos e remunerações de cargos cuja acumulação seja lícita).

Também não se enquadram na proibição de acumulação de proventos com remuneração os proventos recebidos em decorrência de aposentadoria obtida sob o regime geral de previdência social (RGPS), previsto no art. 201 da Constituição.

Essas regras encontram-se no § 10 do art. 37, incluído pela EC n.° 20/1998, abaixo transcrito:

> § 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

O § 6.° do art. 40 complementa a vedação acima, proibindo a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime próprio de previdência dos servidores públicos efetivos (estatutários), ressalvada a acumulação de proventos de aposentadoria decorrentes de cargos acumuláveis constitucionalmente previstos.

Ainda, vale registrar que o art. 11 da EC n.° 20/1998 criou uma regra de transição excluindo da vedação estabelecida no § 10 do art. 37 da Constituição aqueles que, já sendo aposentados, houvessem, até a data da publicação da referida emenda, ingressado novamente no serviço público mediante concurso público, contanto que respeitado o teto constitucional previsto no inciso XI do art. 37. A esses servidores aplica-se, entretanto, a proibição de acumulação de aposentadorias do regime próprio de previdência dos servidores públicos (estatutários), prevista no art. 40, § 6.°, da Constituição.

5.6. Disposições constitucionais relativas aos servidores em exercício de mandatos eletivos

O art. 38 da Constituição trata especificamente de situações relacionadas à acumulação de cargos e remunerações de servidores públicos, das Administrações direta, autárquica e fundacional, eleitos para o exercício de mandatos nos Poderes Executivo ou Legislativo. As regras encontram-se enumeradas nos cinco incisos do art. 38 e são todas de fácil compreensão, como a seguir expomos:

a) o servidor público que seja eleito para qualquer cargo, do Executivo ou do Legislativo, federal, estadual ou distrital (Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado ou do DF, deputado federal, deputado estadual ou distrital) será, obrigatoriamente, afastado do

seu cargo (efetivo ou comissionado) emprego ou função públicos. A remuneração percebida será, obrigatoriamente, a do cargo eletivo;

b) o servidor público investido no mandato de prefeito será, obrigatoriamente, afastado de seu cargo, emprego ou função públicos. Nesse caso, o servidor poderá optar entre a remuneração do cargo de prefeito e a remuneração do cargo, emprego ou função de que foi afastado;

c) o servidor eleito para o cargo de vereador, caso haja compatibilidade de horários, acumulará o exercício da vereança com o de seu cargo, emprego ou função públicos. Nessa hipótese, o servidor receberá as duas remunerações; a de vereador e a de seu outro cargo, emprego ou função públicos, obedecidos, evidentemente, os limites de remuneração do anteriormente comentado inciso XI do art. 37 da Constituição. Não existindo compatibilidade de horários, o servidor será afastado de seu cargo, exercendo apenas o de vereador; poderá, entretanto, optar entre a remuneração de vereador e a remuneração do cargo, emprego ou função de que foi afastado.

Finalizando, o art. 38 determina que, nas hipóteses em que seja exigido o afastamento do servidor, seu tempo de exercício no mandato eletivo seja contado como tempo de serviço para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento. O tempo de afastamento é contado, também, para efeito de cálculo de benefício previdenciário do servidor como se ele em efetivo exercício estivesse.

5.7. Estabilidade

A estabilidade está disciplinada no art. 41 da Constituição. Trata-se de instituto aplicável aos servidores públicos (estatutários) ocupantes de cargos efetivos. Em nenhuma hipótese o exercício de cargos em comissão gera direito à estabilidade em foco; embora exista algum dissenso na doutrina, pensamos ser majoritária a orientação segundo a qual o art. 41 da Constituição Federal não alcança, tampouco, os empregados públicos, seja qual for o órgão ou entidade a que pertençam.

São quatro os requisitos cumulativos para aquisição de estabilidade, a saber:

1) concurso público;

2) nomeação para cargo público efetivo;

3) três anos de efetivo exercício do cargo;

4) avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade (art. 41, § 4.°).

Antes da EC n.° 19/1998, o tempo exigido de efetivo exercício do cargo era de dois anos, e não existia a exigência da avaliação especial mencionada no item 4, acima. Depois da EC n.° 19/1998, se qualquer desses requisitos não estiver presente, não há possibilidade de o servidor adquirir estabilidade. Por exemplo, se uma pessoa, na vigência da Constituição de 1988, ingressou em um cargo público efetivo municipal sem ter realizado concurso," ainda que tenha sido oficialmente nomeada (é evidente que o ato de nomeação é nulo), e permaneça efetivamente exercendo o cargo por vinte anos, e até mesmo se tiver sido avaliada conforme previsto no item 4, não adquirirá estabilidade.

O servidor estável somente perderá o cargo em uma dessas hipóteses:

a) sentença judicial transitada em julgado;

b) processo administrativo disciplinar, assegurada ampla defesa;

c) mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa;

d) excesso de despesa com pessoal, nos termos do art. 169, § 4.°.

Evidentemente, existe, ainda, a hipótese de o servidor pedir exoneração, mas não se trata, nesse caso, de perda do cargo, e sim de desligamento voluntário.

O art. 169 da Constituição assim dispõe:

> Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

Para os que ingressaram antes da promulgação da Carta de 1988 deve-se observar o disposto no art. 19 do ADCT, abaixo transcrito:
"Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.
§ 1.° O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.
§ 2.° O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do 'caput' deste artigo, exceto se tratar de servidor.
§ 3.° O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei."

> § 3.° Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no *caput*, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:
>
> I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;
>
> II - exoneração dos servidores não estáveis.
>
> § 4.° Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, 0 servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.
>
> § 5." O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço.
>
> § 6.° O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos.
>
> § 7." Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4.°.

Os limites de despesa com pessoal estão disciplinados na Lei Complementar n.° 101/2001 (Lei de Responsabilidade Fiscal), no seu art. 19, nestes termos:

> Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:
>
> 1 - União: 50% (cinqüenta por cento);
>
> II - Estados: 60% (sessenta por cento);
>
> III - Municípios: 60% (sessenta por cento).

As normas gerais, aplicáveis a todos os entes da Federação, acerca de exoneração de servidor público estável por excesso de despesa com pessoal estão estabelecidas na Lei n.° 9.801/1999.

O art. 41 da Constituição, além das disposições concernentes à estabilidade, contém ainda referência à denominada disponibilidade remunerada e a determinadas formas de provimento derivado - reintegração, recondução

e aproveitamento -, sendo todas essas figuras aplicáveis unicamente aos servidores estáveis.

Nos termos do texto constitucional, a reintegração é a forma de provimento ocorrida quando o servidor estável é demitido e retorna ao cargo que anteriormente ocupava porque teve a demissão invalidada por sentença judicial. Se a vaga do servidor que está sendo reintegrado estiver ocupada por um servidor estável, será ele reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço. A recondução, portanto, na Constituição, só é prevista em uma hipótese: quando o servidor estável retorna ao seu cargo de origem porque estava ocupando a vaga de um outro servidor que foi reintegrado.

A Carta da República regula a disponibilidade no § 3.° do art. 41, dispondo, tão-somente, que "extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao **tempo de serviço,** até seu adequado aproveitamento em outro cargo". Conforme a previsão constitucional, portanto, o aproveitamento é forma de provimento derivado aplicável ao servidor que foi posto em disponibilidade (portanto, estável) ou ao servidor estável que estivesse ocupando a vaga de um outro servidor que foi reintegrado.

Por fim, observe-se que a remuneração da disponibilidade é proporcional ao **tempo de serviço,** diferentemente do que ocorre em todas as hipóteses de aposentadorias proporcionais, em que os proventos são proporcionais ao tempo de contribuição.

5.8. Direitos trabalhistas atribuídos pela Constituição aos servidores públicos

O art. 39, § 3.°, da Constituição, alterado pela EC n.° 19/1998, concede aos "servidores ocupantes de cargo público" (estatutários) os seguintes direitos trabalhistas, previstos no art. 7.° da Carta Política:

a) salário mínimo (segundo entendimento do STF, não é o vencimento básico que tem que ser no mínimo igual ao salário mínimo, mas sim a remuneração do servidor, ou seja, a soma do vencimento básico com as vantagens de caráter permanente);

b) garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável (vale o mesmo comentário feito ao item anterior);

c) décimo terceiro;

d) remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

e) salário-família;

f) duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais;

g) repouso semanal remunerado;

h) remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal;

i) férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que a remuneração normal;

j) licença à gestante com duração de cento e vinte dias;

k) licença-paternidade;

1) proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

m) redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

n) proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

No mesmo dispositivo (art. 39, § 3.°) foi acrescentada pela EC n.° 19/1998 autorização para que a **lei** estabeleça "requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir". Note-se que não se trata de uma carta branca ao legislador, porquanto somente quando a natureza do cargo **exigir** é que poderá a lei estabelecer tais requisitos diferenciados. Esclareça-se, por fim, que essa previsão de fixação de "requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir" nenhum reflexo tem na obrigatoriedade de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, para ingresso em cargo público efetivo.

5.9. Regime de previdência dos servidores públicos

A Constituição trata, em seu art. 40, do regime de previdência social aplicável aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas as respectivas autarquias e fundações públicas de direito público.

O regime de previdência a que estão submetidos esses servidores públicos é um regime próprio, peculiar, diferente do regime geral, previsto no art. 201 da Constituição, a que estão sujeitos os demais trabalhadores, não só os da iniciativa privada regidos pela CLT, autônomos e outros, mas também os servidores ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão,

cargo temporário e emprego público. As regras pertinentes ao regime geral de previdência social (RGPS) têm aplicação apenas subsidiária ao regime próprio de previdência social (RPPS) dos servidores estatutários ocupantes de cargos efetivos (CF, art. 40, § 12).

O regime de previdência próprio dos servidores estatutários já foi profundamente alterado, por duas vezes, desde a promulgação da Carta de 1988, mediante emendas constitucionais que ficaram conhecidas como "reformas" da previdência social. A primeira dessas "reformas" operou-se por meio da Emenda Constitucional n.° 20/1998, a qual modificou significativamente não só o regime próprio, mas também o regime geral de previdência social. A segunda "reforma", cujo instrumento foi a Emenda Constitucional n.° 41, de 19 de dezembro de 2003 (publicada no Diário Oficial da União em 31 de dezembro de 2003), concentrou-se quase exclusivamente no regime próprio dos servidores públicos estatutários.

Pequenas modificações foram novamente operadas em 2005, por meio da Emenda Constitucional n.° 47, de 5 de julho de 2005, resultante da aprovação parcial de uma proposta de emenda constitucional (PEC), conhecida como "PEC Paralela", atenuando algumas das perdas de direitos previdenciários que os servidores públicos tiveram com a EC n.° 41/2003.

É importante destacar que nenhuma dessas "reformas" realizou a tão propalada unificação dos regimes de previdência social. Continuam existindo, no Brasil, dois regimes distintos de previdência, um aplicável aos servidores públicos estatutários, usualmente designado regime próprio (RPPS) ou peculiar, e outro aplicável aos demais trabalhadores, dito, por isso, regime geral (RGPS), disciplinado no art. 201 da Constituição.

Tanto a reforma de 1998 como a de 2003 propuseram-se, em linhas gerais, a assegurar um relativo equilíbrio financeiro ao sistema. Em 1998 foram estabelecidos limites mínimos de idade para a concessão de aposentadoria, passou-se a exigir um tempo mínimo de efetivo serviço no cargo e no serviço público para obtenção da aposentadoria, o texto constitucional passou a falar, expressamente, em caráter contributivo, com base atuarial, para o sistema etc.

A segunda reforma teve como principais pontos: fim da aposentadoria com proventos integrais para os servidores que ingressarem no serviço público após a publicação da Emenda Constitucional n.° 41/2003; estabelecimento de um redutor para as pensões acima de determinado valor; instituição da cobrança de contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas que recebam proventos acima de certo valor; previsão de regime de previdência complementar com planos de benefícios na modalidade contribuição definida; instituição de regras de transição para os servidores ingressados no serviço público até a data de publicação da Emenda Constitucional n.° 41/2003; ga-

rantia dos direitos adquiridos dos já aposentados e pensionistas bem como daqueles que, até a data de publicação da emenda, tenham cumprido todos os requisitos para a obtenção da aposentadoria ou pensão, com base nos critérios da legislação então vigente.

Passaremos a analisar a atual configuração do regime de previdência social aplicável aos servidores públicos civis estatutários (RPPS), já incorporadas as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n.° 41/2003 e pela Emenda Constitucional n.° 47/2005.

Essencialmente, são as abaixo expendidas as características do atual regime previdenciário dos servidores públicos titulares de cargos efetivos das três esferas da Federação (regras aplicáveis aos servidores ingressados no serviço público após a publicação da EC n.° 41/2003).

O regime tem caráter **contributivo** e **solidário.** Dessa forma, não importa apenas o **tempo de serviço** do servidor; para fazer jus à aposentadoria só será computado o tempo de efetiva **contribuição** do beneficiário. É vedado ao legislador estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício (CF, art. 40, § 10).

Devem contribuir para o sistema o **ente público,** os **servidores ativos** e **inativos** e os **pensionistas** (CF, art. 40, *caput).* As contribuições devem observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Foi a EC n.° 41/2003 que acrescentou, já no *caput* do art. 40 da Carta Política, a expressa menção à exigência de contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas, comando depois detalhado no § 18 desse artigo. A obrigação do ente público (União, estado, DF ou município) de contribuir para o respectivo regime também foi explicitada somente a partir da segunda reforma da previdência. Ainda, vale registrar que a referência textual à **solidariedade** do regime próprio de previdência dos servidores públicos civis no *caput* do art. 40 da Constituição foi introduzida pela EC n.° 41/2003.

Certamente, a repetição do princípio da solidariedade no *caput* do art. 40 - trata-se de repetição porque a solidariedade consta, desde a promulgação da Carta Política, do *caput* do seu art. 195, como um princípio aplicável a toda a seguridade social - teve o intuito de reforçar a legitimidade da exigência de contribuição dos aposentados e pensionistas. O STF considerou constitucional a exigência de contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos, inclusive daqueles que já estavam aposentados, ou eram pensionistas, antes da publicação da EC n.° 41/2003.[12]

A EC n.° 41/2003 cuidou de proibir a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos,

[12] ADI 3.105/DF e ADI 3.128/DF, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/acórdão Min. Joaquim Barbosa, 18.08.2004.

e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal (art. 40, § 20). Essa regra visa a evitar pressões de determinadas categorias para a instituição de sistemas próprios de previdência, obviamente mais favoráveis aos seus integrantes, e até mesmo - o que não seria improvável - manifestações em prol da criação de sistemas segregados para cada Poder (o que inevitavelmente daria origem a sistemas privilegiados, não sendo necessário grande esforço intelectual para inferir que os servidores do Poder Executivo seriam os mais prejudicados nessa hipótese). Cabe observar que o § 20 do art. 40 faz, contudo, ressalva expressa ao regime de previdência dos servidores militares, que deve ser disciplinado em lei própria (CF, art. 142, § 3.°, X).

É proibida a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência próprio dos servidores estatutários, ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis previstos na Constituição (art. 40, § 6.°).

E, outrossim, vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime próprio de previdência dos estatutários, ressalvados, nos termos definidos em **leis complementares,** os casos de servidores (art. 40, § 4.°, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.° 47, de 5 de julho de 2005):

a) portadores de deficiência;

b) que exerçam atividades de risco;

c) cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Os proventos de aposentadoria serão calculados a partir das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor tanto ao regime próprio quanto, se for o caso, ao regime geral (art. 40, § 3.°). A forma de cálculo deverá ser estabelecida em lei.

A regra descrita nesse § 3.° do art. 40 foi uma das mais importantes alterações trazidas pela EC n.° 41/2003. Ela representa **o fim da aposentadoria com proventos integrais.** Os proventos não obrigatoriamente corresponderão ao valor da última remuneração do servidor. Seu valor será uma média calculada com base nas remunerações sobre as quais o servidor contribuiu ao longo de sua vida profissional (cabe à lei determinar quantos anos serão considerados para calcular essa média; atualmente, as regras para o cálculo estão estabelecidas na Lei n.° 10.887/2004).

Complementando essa importante disposição, o § 17 do artigo constitucional em comento estabelece que todos os valores de remuneração considerados para o cálculo dos proventos serão devidamente atualizados, na forma da

lei. É evidente que, sem essa atualização, a média das remunerações poderia assumir valores extremamente baixos, especialmente se fossem levados em conta anos de inflação elevada, o que redundaria em aviltamento dos valores dos proventos. Trata-se, entretanto, de mais uma regra dependente de regulamentação legal (a regulamentação consta da Lei n.° 10.887/2004).

Cabe observar que, não obstante o fim da aposentadoria com proventos integrais para os servidores que ingressarem no serviço público depois da EC n.° 41/2003, foi mantida no texto constitucional a vedação inscrita no § 2.° do art. 40, segundo a qual "os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão". Por isso, se a forma de cálculo baseada nas remunerações sobre as quais o servidor contribuiu ao longo de sua vida profissional, atualizadas monetariamente, resultar em um valor superior à remuneração do servidor ativo, será "cortada" a parte excedente, a fim de que o valor inicial dos proventos de aposentadoria corresponda ao valor da remuneração do servidor ativo, nunca a um valor maior.

Além de extinguir a aposentadoria com proventos integrais, a EC n.° 41/2003, seguindo a mesma lógica, suprimiu regra anterior que assegurava paridade entre os proventos de aposentadoria e pensão e a remuneração do cargo recebida pelos servidores ativos (antes da reforma de 2003, era garantida a revisão dos proventos, pelos mesmos índices e na mesma data, sempre que se modificasse a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade).

A regra atual, plasmada no § 8.° do art. 40 do Texto Magno, tão-somente prevê "o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei".

O benefício da pensão por morte será igual:

a) ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso o servidor seja aposentado por ocasião do seu óbito (art. 40, § 7.°, I);

b) ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso o servidor estivesse em atividade na data do óbito (art. 40, § 7.°, II).

O teto constitucional de remuneração dos servidores públicos, previsto no art. 37, inciso XI, deve ser respeitado como limite à soma total dos pro-

ventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social. O limite aplica-se, também, à soma dos proventos de inatividade com a remuneração de cargo acumulável, de cargo em comissão, e de cargo eletivo.

O § 14 do art. 40 da Constituição foi acrescentado pela EC n.° 20/1998 e não foi modificado pela EC n.° 41/2003. Prevê esse dispositivo a possibilidade de o ente político fixar, para o valor das aposentadorias e pensões dos respectivos servidores públicos sujeitos ao regime próprio, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social. Para isso, o ente político terá que, obrigatoriamente, instituir **regime de previdência complementar** para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.

O § 15 complementa essa regra, ao estabelecer que o regime de previdência complementar aludido será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo. A instituição do regime de previdência complementar, portanto, consoante a redação dada ao texto constitucional, é de instituição **obrigatória** para a pessoa política que pretenda estabelecer como teto dos proventos por ela pagos o limite de benefícios do RGPS, e será feita por meio de **lei ordinária** de iniciativa do Presidente da República, do governador de estado ou do DF, ou do prefeito, conforme o caso.

O regime de previdência complementar dos servidores ocupantes de cargos efetivos ficará a cargo de **entidades fechadas** de previdência complementar, de **natureza pública,** que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de **contribuição definida.**

Embora a criação do regime de previdência complementar se dê por lei ordinária do respectivo ente político, tal lei deverá observar, no que couber, o disposto no art. 202, e seus parágrafos, da Carta da República. O art. 202 da Constituição trata do regime de previdência privada, de caráter complementar, que deve ser regulado por **lei complementar** (atualmente, a matéria está disciplinada na Lei Complementar n.° 109, de 29 de maio de 2001).

Não se deve, ademais, olvidar que, no âmbito da competência concorrente, prevista no art. 24 da Constituição, cabe à União legislar sobre previdência social, estabelecendo normas gerais acerca da matéria (art. 24, XII, § 1.°).

O § 16 do art. 40, introduzido pela EC n.° 20/1998, e não alterado na segunda reforma, garante que o servidor que tenha ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar somente a ele estará sujeito se prévia e expressamente formalizar opção nesse sentido.

O § 18 do art. 40, acrescentado pela EC n.° 41/2003, detalha a regra de cobrança de contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas.

A partir da publicação dessa Emenda, passa a incidir contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime próprio de previdência dos servidores civis que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

A Emenda Constitucional n.° 47/2005 acrescentou o § 21 ao art. 40, prevendo que essa contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o **dobro do teto do RGPS,** quando o beneficiário, na forma da lei, for **portador de doença incapacitante.**

E oportuno registrar, ainda, que as alíquotas cobradas pelos estados, DF e municípios, tanto de seus servidores como de seus aposentados e pensionistas, não poderão ser inferiores à alíquota cobrada pela União. Tal vedação foi também obra da EC n.° 41/2003, que alterou a redação do art. 149 da Carta da República, passando o *caput* desse artigo a estatuir: "Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União."

É também relevante anotar que a EC n.° 41/2003, em seu art. 4.°, prevê a cobrança da contribuição previdenciária mesmo dos que já eram aposentados ou pensionistas na data de sua publicação, bem como daqueles que já haviam, nessa data, adquirido direito ao benefício. A alíquota da contribuição será idêntica à dos servidores ativos.

Entretanto, é **importante registrar que os incisos I e II do art. 4.° da EC n.° 41/2003 foram declarados parcialmente inconstitucionais pelo STF.** Esses incisos, aplicáveis aos que já eram aposentados ou pensionistas na data de sua publicação, bem como àqueles que já haviam, nessa data, adquirido direito ao benefício, estabeleciam bases de cálculo diferentes (mais gravosas) daquela estabelecida no § 18 do art. 40, aplicável aos futuros aposentados e pensionistas sujeitos às regras permanentes introduzidas pela segunda reforma da previdência (os que não farão jus a proventos integrais). Consoante o art. 4.° da EC n.° 41/2003, os já aposentados ou pensionistas, e aqueles com direito adquirido na data da publicação da emenda, sofreriam incidência da contribuição sobre a parcela dos proventos e das pensões que superasse:

a) 50% do teto do RGPS no caso dos inativos e pensionistas dos estados, do Distrito Federal e dos municípios;

b) 60% do teto do RGPS no caso dos inativos e pensionistas da União.

No julgamento das ADI 3.105/DF e ADI 3.128/DF, rei. orig. Min. Ellen Gracie, rei. p/acórdão Min. Joaquim Barbosa, em 18.08.2004, o Supremo

Tribunal Federal, "considerando o caráter unitário do fim público dos regimes geral de previdência e dos servidores públicos e o princípio da isonomia", concluiu que a base de cálculo das contribuições dos servidores públicos aposentados e dos seus pensionistas **deve ser idêntica e deve a contribuição, em qualquer caso, incidir somente sobre o que ultrapassar o teto do RGPS.** Dessa forma, "declarou-se, por unanimidade, a inconstitucionalidade das expressões "cinqüenta por cento do" e "sessenta por cento do" constantes, respectivamente, dos incisos I e II do parágrafo único do art. 4.° da EC 41/2003, pelo que se aplica, à hipótese do art. 4.° da EC 41/2003, o § 18 do art. 40 do texto permanente da Constituição, introduzido pela mesma Emenda constitucional".[13]

Em resumo, em razão da determinação do STF, o § 18 do art. 40 da Constituição, incluído pela EC n.° 41/2003, deve ser aplicado a todo e qualquer aposentado e pensionista dos RPPS previstos nesse art. 40 da Carta Política. Portanto, qualquer que seja a data da aposentadoria ou do início do recebimento da pensão, os servidores públicos e seus pensionistas estarão sujeitos à contribuição previdenciária incidente apenas sobre o valor dos proventos que ultrapassar o limite máximo dos proventos pagos pelo RGPS.

O § 19 do art. 40, acrescentado pela EC n.° 41/2003, criou uma figura literalmente denominada "abono de permanência". Esse "abono" eqüivale, financeiramente, à dispensa do pagamento da contribuição previdenciária para o servidor que permaneça em atividade após ter completado os requisitos para requerer a aposentadoria voluntária não proporcional, estabelecidos no § 1.°, III, "a", do art. 40 da Constituição (sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem; cinqüenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; dez anos de efetivo exercício no serviço público; cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria). O servidor fará jus ao abono enquanto permanecer na ativa, até o limite de setenta anos, idade em que é alcançado pela aposentadoria compulsória.

As hipóteses de concessão de aposentadoria pelo regime próprio dos servidores civis estatutários, constantes dos incisos do § 1.° do art. 40 da Constituição, praticamente não foram modificadas pela EC n.° 41/2003. A rigor, houve somente uma pequena alteração de redação no inciso que trata da aposentadoria por invalidez permanente.

É a seguinte a redação atual do § 1.°, e seus incisos, do art. 40 da Constituição:

> § 1.° Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3.° e 17:

[13] Informativo STF 357.

> I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;
>
> II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;
>
> III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:
>
> a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;
>
> b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

O dispositivo é auto-explicativo. As hipóteses de concessão de aposentadoria previstas no art. 40 da Carta Política são as seguintes:

1) por **invalidez permanente;**

Com **proventos proporcionais** ao tempo de contribuição, em todos os casos, **exceto** quando a invalidez decorrer de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, **na forma da lei.**

2) compulsória, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

É oportuno registrar que o Supremo Tribunal Federal já explicitou que os tabeliães e registradores (notários e oficiais de registro) **não** se submetem à aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade, de que trata o dispositivo ora em análise.[14] Mais precisamente, embora os tabeliães e registradores atuem mediante delegação do Poder Público (CF, art. 236), certo é que eles não são servidores públicos estatutários, titulares de cargos públicos efetivos, razão pela qual não cabe cogitar sua sujeição às regras de aposentadoria do RPPS, constantes do art. 40 da Carta da República.

3) **voluntária,** desde que cumprido tempo mínimo de **dez anos** de efetivo exercício no serviço público e **cinco anos** no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

ADI 2.602, rei. p/ acórdão Min. Eros Grau, 24.11.2005.

3.1. aos sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher: com proventos calculados, na forma da lei, a partir das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência próprio e geral, devidamente atualizadas;

3.2. aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher: com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Nessa última hipótese, após calcular os proventos a partir das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência próprio e geral, devidamente atualizadas, aplica-se, sobre o valor encontrado, o percentual correspondente à razão entre o número de anos de contribuição do servidor e o número de anos de contribuição que seriam necessários para que ele se aposentasse nos termos do item 3.1 - com base na alínea "a" do inciso III do § 1.° desse art. 40 (35 anos de contribuição para os homens e 30 anos de contribuição para as mulheres). Dessa forma, se o servidor homem, aos 65 anos de idade, houver contribuído durante 31 anos e seis meses, seus proventos corresponderão a 90% do que seriam os proventos se ele houvesse se aposentado pelo inciso III, alínea "a", do § 1.° do art. 40 da Constituição, ou seja, com 35 anos de contribuição (31 anos e seis meses são 90% de 35 anos).

No caso de professor ou professora que comprove **exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio,** o tempo de contribuição e o limite de idade são reduzidos em 5 anos para a concessão de aposentadoria voluntária concedida com base na alínea "a" do inciso III do § 1.° do art. 40 da Constituição da República (CF, art. 40, § 5.°). Assim, o professor pode aposentar-se aos 55 anos de idade e 30 de contribuição e a professora aos 50 anos de idade e 25 de contribuição, com proventos calculados, na forma da lei, a partir das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência próprio e geral, devidamente atualizadas, consoante estabelecido nos §§ 3.° e 17 do art. 40 da Carta Política.

Por último, cabe mencionar que a EC n.° 41/2003 estabeleceu diferentes regras de transição para quem já se encontrava no serviço público, variando a regra conforme a data de ingresso ou a situação jurídica do servidor. A EC n.° 47/2005 também tratou de regras de transição aplicáveis aos servidores que ingressaram no serviço público antes da publicação da EC n.° 41/2003, essencialmente, atenuando algumas das perdas de direitos que haviam sido impostas pela EC n.° 41/2003.

6. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

O texto vigente da Constituição Federal traz duas regras específicas acerca da Administração Tributária.

A primeira delas, obra do constituinte originário, não alterada pela "reforma administrativa", estabelece que "a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei" (CF, art. 37, XVIII).

Nesse dispositivo, o constituinte explicita a importância da Administração Fazendária, e dos seus servidores fiscais, para a Administração e para o Estado em geral, uma vez que é por meio da atuação daqueles que são arrecadados os recursos indispensáveis ao custeio das atividades deste. É, contudo, um inciso dependente de regulamentação pelo legislador ordinário

A segunda disposição acerca da atuação da Administração Tributária é mais incisiva, e seus efeitos são bastante relevantes. Trata-se do inciso XXII do art. 37 da Constituição, incluído pela EC n.° 42/2003. É a seguinte a redação do preceito acrescentado:

> XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

Os recursos prioritários para a realização das atividades das Administrações tributárias podem ser assegurados, inclusive, por meio de vinculação de receitas de impostos, conforme previsão expressa introduzida no inciso IV do art. 167 da Constituição pela mesma EC n.° 42/2003.

Com esse inciso XXII do art. 37, ainda, passou a ter assento constitucional a autorização para os fiscos das diferentes esferas permutarem informações protegidas por sigilo fiscal, na forma da lei ou convênio, previsão antes constante somente do art. 199 do Código Tributário Nacional.

7. OBRIGATORIEDADE DE LICITAR

A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, estabelece a regra geral segundo a qual a Administração Pública, antes de celebrar contratos

em geral, deve adotar um procedimento formal denominado licitação. É a seguinte a redação do dispositivo:

> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

Reforçando esse dispositivo, e de forma ainda mais enfática, o art. 175 da Carta Política estatui que a licitação é **sempre** obrigatória nos casos de delegação de serviços públicos mediante concessões e permissões (as concessões e permissões de serviços públicos consubstanciam contratos administrativos; a diferença, quanto à obrigatoriedade de licitar, é que o art. 37, inciso XXI, aplicável aos contratos em geral, expressamente ressalva a possibilidade de a legislação prever casos de licitação não obrigatória, ao passo que o art. 175, literalmente, determina que as concessões e permissões sempre sejam precedidas de licitação).

A exigência de licitação previamente à celebração de contratos pela Administração Pública é decorrência direta do princípio da indisponibilidade do interesse público. Como a Administração não tem disposição da coisa pública, é necessário que, para contratar, seja dada, a todos quantos possam desejar com ela realizar negócios, a oportunidade de, em condições de isonomia e objetividade, oferecerem propostas, assim como é necessário que a Administração, segundo critérios objetivos e de forma transparente, selecione a proposta mais vantajosa, sujeitando-se aos mais amplos controles, não só pelos órgãos que possuam específicas atribuições dessa natureza, mas também controle direto pelo povo em geral, único titular da coisa pública.

A nossa lei geral de licitações e contratos administrativos, que é uma lei de normas gerais, aplicável a todos os entes da Federação, é a Lei n.° 8.666/1993, que, desde a sua edição, já sofreu inúmeras modificações.

A Lei n.° 8.666/1993, como não poderia deixar de ser, repete a regra de que a licitação é obrigatória para "obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros" (art. 2.°, *capuf).* A própria lei, entretanto, seguindo a autorização constitucional para estabelecer exceções a essa regra, prevê casos em que é possível a contratação direta, sem realização de licitação.

Assim, no seu art. 25, a Lei n.° 8.666/1993 prevê situações em que não haverá licitação, em razão de impossibilidade jurídica de competição. Trata-se das hipóteses denominadas de **ínexigibilidade** de licitação. No art. 24, a lei aduz uma extensa lista em que são expressa e taxativamente discriminados casos em que a Administração, a seu critério, poderá dispensar a licitação. São as hipóteses de licitação **dispensável,** nas quais a competição é possível, mas poderá, discricionariamente, ser dispensada. Ainda, no seu art. 17, a lei traz hipóteses em que não haverá licitação, porque a própria lei, diretamente, dispensou. São os casos de licitação **dispensada,** relacionados, em geral, a casos específicos de alienações de bens pela Administração.

A Lei n.° 8.666/1993 foi editada no uso da competência prevista no art. 22, inciso XXVII, da Constituição, que teve sua redação alterada pela EC n.° 19/1998. Ela se aplica a todos os órgãos e entidades da Administração Pública, conforme esclarece o parágrafo único de seu art. l.°, a saber:

> Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Deve-se observar, contudo, que, a partir da EC n.° 19/1998, passou a estar prevista no texto constitucional a edição de um "estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica" (CF, art. 173, § 1.°). Esse estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica deve conter normas sobre "licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública", por essas entidades (CF, art. 173, § 1.°, III).

Até hoje, a lei que consubstanciará o estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica não foi editada. Deve ficar claro que, quando o for, não poderá simplesmente estabelecer que essas entidades não estejam sujeitas à licitação; o que está implícito no texto constitucional é que as regras de licitação a elas aplicáveis devem ser mais condizentes com a realidade do setor econômico, mais flexíveis. Mas deverá, como regra, haver licitação, conquanto mediante um procedimento diferenciado do exigido para os demais órgãos e entidades da Administração. Deve-se, entretanto, anotar que, enquanto não for editado o referido estatuto, as empresas públicas e sociedades de economia mista, tanto as prestadoras de serviços públicos quanto as exploradoras de atividade econômica, estão, de forma idêntica, sujeitas à Lei n.° 8.666/1993, aplicável, atualmente, sem

distinção (salvo as eventuais diferenças de tratamento expressamente previstas no próprio texto legal), a toda a Administração Pública.

8. RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O § 6.° do art. 37 da Constituição estabelece a regra aplicável, em nosso ordenamento jurídico, à responsabilidade civil da Administração Pública, decorrente de danos que seus agentes, atuando nessa qualidade, causem a particulares em geral. A rigor, o dispositivo não se aplica somente à Administração Pública, mas, também, a pessoas privadas que prestem serviços públicos, como as delegatárias de serviços públicos (que prestam serviços públicos mediante concessão, permissão ou autorização). De outra parte, convém observar que nem todos os integrantes da Administração Pública sujeitam-se ao § 6.° do art. 37 da Constituição. Com efeito, a regra de responsabilidade civil nele estipulada não alcança as empresas públicas e as sociedades de economia mista que explorem atividades econômicas, regidas pelo art. 173 da Carta Política. E a seguinte a redação do § 6.° do art. 37, em comento:

> § 6.° As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A doutrina e a jurisprudência, há muito, consagraram o entendimento de que esse dispositivo estabelece a denominada responsabilidade civil objetiva pelos danos causados a particulares em decorrência de atuação de agentes da Administração pública (e das delegatárias de serviços públicos). Entende-se que essa responsabilidade civil objetiva segue o modelo propugnado pela assim chamada teoria do risco administrativo.

Nos termos dessa modalidade de responsabilidade, para originar o dever de indenizar, basta à pessoa que sofreu o dano demonstrar a ocorrência desse dano e o nexo de causalidade entre a atuação do agente da Administração (ou da delegatária) e o dano sofrido. É essa a razão de tal forma de responsabilidade ser tida por uma responsabilidade objetiva: não há necessidade de que a pessoa que sofreu o dano adentre considerações acerca de culpa, seja da eventual existência de culpa individual do agente público, seja de uma culpa genérica da Administração pela falha na prestação de um serviço público (chamada culpa administrativa).

Simplesmente, provado o dano e o nexo causai pela pessoa que sofreu a atuação do Estado (ou da delegatária), configurada estará a responsabilidade

civil deste. A responsabilidade civil objetiva na modalidade risco administrativo, entretanto, admite excludentes, vale dizer, é possível ao Estado (ou à delegatária) afastar a responsabilidade, desde que prove - e o ônus da prova é do Estado (ou da delegatária) - que houve culpa exclusiva do particular ou algum evento capaz de descaracterizar o nexo causai, como a força maior. Caso o Estado (ou a delegatária) prove culpa recíproca, haverá atenuação proporcional de sua responsabilidade.

Uma vez condenado a indenizar, o Estado (ou a delegatária) tem a possibilidade de ação contra o agente causador do dano, desde que consiga provar que o agente atuou com dolo ou culpa, vale dizer, o agente pode ter que responder ao Estado, em ação regressiva, mas a sua responsabilidade é uma responsabilidade subjetiva - exige demonstração pelo autor da ação de que houve dolo ou culpa do agente - na modalidade culpa comum (deve ser demonstrada culpa individual na atuação do agente, não simplesmente uma prestação inadequada do serviço, cujo responsável não possa ser identificado individualmente).

Cabe anotar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se quanto à inaplicabilidade do § 6.° do art. 37 aos casos de danos decorrentes de omissão do Estado. Para a Corte Constitucional, na hipótese de dano ocasionado por omissão na prestação de um serviço público, a responsabilidade do Estado é subjetiva, na modalidade culpa administrativa, também conhecida como culpa anônima ou culpa do serviço. Nos termos desse modelo de responsabilidade civil, o particular que sofra um dano que possa ser atribuído a uma omissão do Estado, a fim de obter indenização, tem que provar não só o dano e a relação entre ele e a omissão havida, mas, também, provar que houve falta na prestação do serviço (a denominada "faute de service" dos franceses). Fala-se que é exigida a demonstração de uma "culpa administrativa", que é uma culpa anônima, uma culpa do serviço, independente de individualização do agente responsável pela falta.

Sobre a distinção entre a responsabilidade civil do Estado decorrente de ação de seus agentes (responsabilidade objetiva na modalidade risco administrativo) e a verificada no caso de danos possibilitados pela omissão da Administração (responsabilidade subjetiva na modalidade culpa administrativa), merece transcrição, em razão de sua notável clareza, a ementa do RE 179.147, rei. Min. Carlos Velloso, cuja votação foi unânime:

> I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causai entre o dano e a ação administrativa. II. - Essa responsabilidade

> objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a 'faute de service' dos franceses.

Por fim, vale mencionar uma regra constante do texto constitucional, aplicável especificamente aos danos nucleares. Em seu art. 21, inciso XXIII, alínea "d", afirma a Constituição que a responsabilidade civil da União por danos nucleares "independe da existência de culpa". Entendemos que, nesse caso específico, há responsabilidade civil objetiva da União tanto no dano nuclear que decorra de ação quanto no que possa ser imputado a uma omissão do Estado. Além disso, a nosso ver, nesse caso específico, o ordenamento pátrio adotou a denominada **teoria do risco integral,** o que significa que se trata de uma modalidade de responsabilidade objetiva em que não é admitida nenhuma espécie de excludente.

Capítulo 7

PODER LEGISLATIVO

1. TRIPARTIÇÃO DE PODERES

Antes de adentrarmos especificamente o estudo do Poder Legislativo na Constituição Federal de 1988, faz-se oportuno relembrar, em breve síntese, o surgimento e a evolução da teoria da *tripartição de poderes.*

Historicamente, o nascimento da noção teórica de "tripartição de poderes" pode ser situado na Antigüidade grega, com a publicação da obra "Política", por Aristóteles. Identificou o pensador grego a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano: a função de elaborar normas gerais e abstratas (função legislativa), a função de aplicar essas normas gerais aos casos concretos (função executiva) e a função de dirimir os conflitos eventualmente havidos na aplicação de tais normas (função de julgamento).

Não se pode afirmar, contudo, que os gregos tenham pensado em um sistema político em que a tripartição tivesse o objetivo de reduzir os riscos de abusos no exercício do poder. Isso porque, na época em que Aristóteles escreveu sua obra, imperava a mais absoluta centralização política, com todo o governo sendo exercido por um único soberano, que detinha ilimitados e incontrastáveis poderes. Com isso, o eminente estagirita pregava o exercício das três funções - legislativa, executiva e julgamento - pela mesma pessoa, o soberano, que editava as leis gerais, determinava a sua aplicação aos casos concretos e, monocrática e unilateralmente, julgava os conflitos eventualmente surgidos.

Por essa razão, podemos asseverar que a contribuição de Aristóteles para a formação da teoria da tripartição do poder esgotou-se na identifi-

cação das três diferentes funções essenciais de governo, pois não havia no seu pensamento nenhuma preocupação com o elemento "limitação do poder". E nos dois milênios seguintes não foi modificada a concepção de exercício do poder de modo absoluto:[1] o monarca continuou governando com poderes ilimitados, exercendo, de forma unipessoal, as três funções identificadas por Aristóteles.

Somente nos séculos XVII e XVIII começou a ser pensado, de forma racional, um sistema político-jurídico que possibilitasse uma eficaz contenção do exercício do poder. Nessa época de florescimento em todas as áreas do conhecimento humano - consubstanciando o movimento conhecido como Iluminismo -, já eram sobejamente conhecidas as mazelas do exercício do poder por uma única pessoa.

Em 1748, o francês Charles de Montesquieu publicou a obra "Do Espírito das Leis", na qual propugnou que as três funções - administrativa, legislativa e judiciária - não podem ser exercidas pelo mesmo órgão, pois o poder tende a corromper-se sempre que não encontra limites.[2] A partir dessa idéia-chave, Montesquieu estruturou de forma racional a concepção de que o poder só pode ser eficazmente contido se o seu exercício for distribuído por diferentes centros independentes entre si, de tal sorte que se obtenha a "limitação do poder pelo poder". Como foram identificadas três funções nucleares na atividade de governo, propôs o pensador francês que cada uma delas fosse atribuída a um órgão, sem que qualquer deles prevalecesse sobre o outro. Desse modo, pregava ele, há de existir um órgão encarregado do exercício de cada uma dessas funções e, ademais, não deverá existir nenhuma subordinação entre eles, o que permitirá um controle recíproco e automático de cada qual pelos demais.

Deve-se frisar que o ponto relevante da teoria de Montesquieu não está na identificação das três funções (elas já haviam sido indigitadas por Aristóteles, na Antigüidade), mas, sim, na idéia de dividir o exercício dessas funções entre órgãos independentes, evitando a concentração de todo o poder do Estado nas mãos de uma única pessoa (ou de um único centro de poder), o que, segundo seu raciocínio, ensejaria um controle automático do exercício do poder estatal. Com efeito, argumentava ele que o simples fato de cada poder (órgão) autônomo exercer suas funções próprias, sem qualquer

A única exceção parcial que se poderia apontar é a da Inglaterra, na qual, desde cedo, pelo menos a partir do século XIII, o exercício do poder passou a ser compartilhado entre o monarca e o Parlamento, sendo possível falar em algum grau de limitação do poder daquele por este.

O pensador John Locke também sistematizou a tripartição de poderes na obra "Segundo Tratado de Direito Civil", mas foi em Montesquieu que a separação dos poderes consolidou-se como doutrina política.

ingerência dos demais poderes (órgãos), implicaria o automático e recíproco controle de toda a atividade estatal.

A teoria de Montesquieu surgiu como vigorosa contraposição ao Absolutismo (pois neste as três funções estavam concentradas nas mãos do soberano) e se consolidou definitivamente na Revolução Francesa, mediante a inclusão, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, da asserção de que *um Estado cuja Constituição não consagrasse a teoria da separação de poderes era um Estado sem Constituição ("Toute société dans laquelle Ia garantie des droits n 'est pás assurée et Ia séparation des pouvoirs déterminée, n 'a point de constitution").* Desde então, o princípio da separação de poderes passou a estar vinculado ao constitucionalismo, transformando-se, em praticamente todo o Ocidente, no cerne da estrutura organizacional do Estado.

Utilizada com sectarismo nas revoluções americana e francesa, a separação **rígida** de poderes mostrou-se inviável na prática, restando, nos dias atuais, superada. Isso porque, opostamente ao que se propugnava originalmente, a separação rígida terminou por ensejar o arbítrio por parte de cada um dos poderes (órgãos) em razão da completa independência com que exerciam suas funções. Assim, o motivo precípuo para a superação da rigidez da separação de poderes foi a necessidade de impedir que os órgãos respectivos se tornassem tão independentes que, arbitrariamente, se afastassem da vontade política central, da unidade política.

Em face desse quadro, hodiernamente se exige uma maior interpenetração, coordenação e harmonia entre os poderes. Com isso, eles passaram a desempenhar não só as suas funções próprias, mas também, de modo acessório, funções que, em princípio, seriam características de outros poderes. A divisão *rígida* foi, aos poucos, substituída por uma divisão *flexível* das funções estatais, na qual cada poder termina por exercer, em certa medida, as três funções do Estado: uma em caráter predominante (por isso denominada *típica),* e outras de natureza acessória, denominadas *atípicas* (porque, em princípio, são próprias de outros poderes).

Esse modelo - separação de poderes flexível - foi o adotado pela Constituição Federal de 1988, de sorte que todos os poderes não exercem exclusivamente as funções estatais que lhes seriam típicas, mas também desempenham funções denominadas atípicas, isto é, assemelhadas às funções típicas de outros poderes. Assim, tanto o Judiciário quanto o Legislativo desempenham, além de suas funções próprias ou típicas (judiciária e legislativa, respectivamente), funções atípicas administrativas, quando, por exemplo, exercem a gestão de seus bens, pessoal e serviços. Por outro lado, o Executivo e o Judiciário desempenham, também, função atípica legislativa (este, na elaboração dos regimentos dos tribunais - CF, art. 96, I, "a"; aquele, quando expede, por exemplo, medidas provisórias e leis delegadas - CF, arts. 62

e 68). Finalmente, o Executivo e o Legislativo também exercem, além de suas funções próprias, a função atípica de julgamento (o Executivo, quando profere decisões nos processos administrativos; o Legislativo, quando julga autoridades nos crimes de responsabilidade, na forma do art. 52, I, II, e parágrafo único, da Constituição).

Tendo em conta essa nova feição do princípio da separação de poderes, a doutrina americana consolidou o mecanismo de controles recíprocos entre os poderes, denominado sistema de freios e contrapesos *(checks and balances).*

Esse mecanismo visa a garantir o equilíbrio e a harmonia entre os poderes, por meio do estabelecimento de controles recíprocos, isto é, mediante a previsão de interferências legítimas de um poder sobre outro, nos limites admitidos na Constituição. Não se trata de subordinação de um poder a outro, mas, sim, de mecanismos limitadores específicos impostos pela própria Constituição, de forma a propiciar o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um poder em detrimento do outro.

Alguns exemplos permitem visualizar o funcionamento desse sistema.

Sabemos que ao Poder Legislativo incumbe, como função precípua, a elaboração das leis. Entretanto, o Legislativo não é livre para elaborar leis; ele deve obedecer, formal e materialmente, às disposições constitucionais. Por isso, a própria Constituição prevê que um outro Poder, o Executivo, aprecie o projeto votado no Legislativo e, caso entenda que ele não se coaduna com a Constituição, vete o projeto, impedindo (como regra) que ele venha a tornar-se lei. Além disso, a mesma Constituição confere a outro Poder, o Judiciário, a atribuição de declarar uma lei inconstitucional, afastando sua aplicação em determinado caso, ou mesmo retirando-a do ordenamento jurídico.

Sabemos que é ao Poder Executivo que compete, precipuamente, exercer a administração pública. Entretanto, o exercício da administração pública deve dar-se conforme determina a Constituição, e com vistas à satisfação do interesse público. Por isso, a própria Constituição, no inciso X do seu art. 49, atribui ao Congresso Nacional (Poder Legislativo) a competência para "fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta". Além disso, todo e qualquer ato do Poder Executivo pode ser objeto de questionamento e, se ilegal, ser anulado pelo Poder Judiciário, em razão do disposto no inciso XXXV do art. 5.° ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito").

Trazemos à colação, ainda no intuito de elucidar o conteúdo do mecanismo de freios e contrapesos, os seguintes exemplos de lavra do Professor José Afonso da Silva, presentes na Constituição Federal de 1988:

> Se ao Legislativo cabe a edição de normas gerais e impessoais, estabelece-se um processo para sua formação em que o Executivo tem participação importante, quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto. Mas a iniciativa legislativa do Executivo é contrabalançada pela possibilidade que o Congresso tem de modificar-lhe o projeto por via de emendas e até de rejeitá-lo. Por outro lado, o Presidente da República tem o poder de veto, que pode exercer em relação a projetos de iniciativa dos congressistas como em relação às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa. Em compensação, o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto, e, pelo Presidente do Senado, promulgar a lei, se o Presidente da República não o fizer no prazo previsto (art. 66).
>
> Se o Presidente da República não pode interferir nos trabalhos legislativos, para obter aprovação rápida de seus projetos, é-lhe, porém, facultado marcar prazo para sua apreciação, nos termos dos parágrafos do art. 64.
>
> Se os tribunais não podem influir no Legislativo, são autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis, não as aplicando neste caso.
>
> O Presidente da República não interfere na função jurisdicional. Em compensação os ministros dos tribunais superiores são por ele nomeados, sob controle do Senado Federal, a quem cabe aprovar o nome escolhido (art. 52, III, *a).*

Como se vê, adotado o mecanismo de freios e contrapesos, abandona-se a idéia de uma separação rígida entre os poderes, na qual cada um deles teria funções exclusivas, exercidas sem nenhuma possibilidade de interferência dos demais, e passa-se a adotar uma concepção de atuação harmoniosa e equilibrada entre os poderes, sem independência absoluta ou exclusividade de qualquer função. É importante frisar que não se trata de uma permissão genérica para que um poder interfira no funcionamento de outro quando bem entenda, nem de existência de subordinação entre eles, mas sim de procedimentos específicos estabelecidos expressamente no próprio texto da Constituição, destinados a assegurar a harmonia e o equilíbrio entre os poderes.

Em síntese, podemos afirmar que a doutrina da separação dos poderes traduz-se, hodiemamente, em fórmula de organização da estrutura política do Estado, mediante a qual as funções de governo são atribuídas a órgãos autônomos, porém de modo não exclusivo, de sorte que é assegurado mútuo controle e um funcionamento harmonioso, tendente à realização da vontade política geral.

Por fim, anotamos que a expressão "separação de poderes" tem sido freqüentemente criticada, com base na idéia de que o poder do Estado é

sempre **uno** e **indivisível,** qualquer que seja a forma de sua manifestação, isto é, o *poder* não se triparte. Poderá, apenas, manifestar-se por meio de diferentes *órgãos,* que exercem *funções* estatais. A divisão repousaria, portanto, nas denominadas *funções estatais.* A realização dessas funções por meio de diferentes órgãos nada mais é do que o modo de o Estado exercer a sua vontade (poder). Nessa linha, o que tradicionalmente se denomina "separação de poderes" representa, na realidade, a distribuição de certas funções a diferentes órgãos do Estado, ou seja, a "divisão de funções estatais".

Note-se que, ao pé da letra, não seria correto, portanto, falar-se em "separação", "divisão" ou "tripartição" de **poder,** tendo em vista a sua unidade e indivisibilidade. Porém, o fato é que a expressão "separação de poderes" consagrou-se ao longo do tempo e, até nos dias atuais, é largamente empregada, sem observância desse rigor terminológico propugnado pela doutrina.[3]

2. FUNÇÕES

Conforme visto, ao consagrar o princípio da separação dos poderes, a Constituição Federal cie 1988 atribuiu funções determinadas a cada um dos três poderes (órgãos), mas não de forma exclusiva. Todos eles possuem, pois, funções próprias ou típicas e, também, funções atípicas, que ora são exercidas para a consecução de suas finalidades precípuas, ora o são para impor limites à atuação dos demais poderes, no âmbito do mecanismo de freios e contrapesos *(checks and balances).*

As funções **típicas** do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar. No desempenho da função legislativa, cabe a ele, obedecidas as regras constitucionais do processo legislativo, elaborar as normas jurídicas gerais e abstratas. Em cumprimento à função fiscalizadora, cabe ao Congresso Nacional realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (CF, art. 70), "fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta" (CF, art. 49, X), bem como investigar fato determinado, por meio da criação de comissões parlamentares de inquérito - CPI (CF, art. 58, § 3.°).

É importante destacar que essas duas funções típicas do Poder Legislativo dispõem da mesma dignidade, do mesmo grau de importância, vale dizer, não há hierarquia entre elas. As duas foram atribuídas pelo constituinte originário ao Poder Legislativo, sem nenhuma relação de subordinação entre elas.

A própria Constituição Federal de 1988, no seu art. 2.°, emprega o vocábulo "poderes", em vez de "órgãos", ao consagrar o princípio em comento.

As funções atípicas do Poder Legislativo são administrar e julgar. O Legislativo exerce função atípica administrativa quando, por exemplo, dispõe sobre a sua organização interna ou sobre a criação dos cargos públicos de suas Casas, a nomeação, a promoção e a exoneração de seus servidores. O desempenho da função atípica de julgamento ocorre, especialmente, quando o Senado Federal julga certas autoridades da República nos crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I, II, e parágrafo único).

3. COMPOSIÇÃO

3.1. Congresso Nacional

O Poder Legislativo federal é bicameral (composto de duas Câmaras), exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Essa forma de composição do Legislativo federal está diretamente ligada à opção do legislador constituinte pela forma federativa de Estado, que fez nascer, entre nós, o chamado *bicameralismo federativo.* Diz-se bicameralismo federativo porque uma das Casas Legislativas, o Senado Federal, é composta de representantes dos estados e do Distrito Federal, de forma paritária (três representantes de cada entidade federativa), assegurando-se com isso o equilíbrio entre eles.

De fato, um dos pontos nucleares da teoria federalista clássica é a exigência de que todos os entes federados participem da formação da vontade nacional, o que é assegurado por meio de representação deles no órgão legislativo central. No Brasil, a participação dos estados e do Distrito Federal no processo legislativo nacional dá-se por meio da representação paritária desses entes no Senado Federal. Os municípios, ao contrário, não participam da formação da vontade nacional, haja vista que não dispõem de representação no Legislativo federal, sendo, por isso, denominados entes federados *anômalos* ou *atípicos.*

A Câmara dos Deputados é composta de representantes do povo, proporcionalmente à população de cada ente federado, valorizando o princípio republicano-democrático.

Impende lembrar que, diferentemente do que se verifica no plano federal, nos estados, no Distrito Federal e nos municípios o Legislativo é unicameral, composto por uma única Casa integrada de representantes do povo. Assim é porque os entes federados menores não precisam ter uma segunda Casa destinada a garantir o equilíbrio federativo, uma vez que tal equilíbrio já é obtido por meio da representação paritária de estados e do Distrito Federal

no Senado Federal. Com efeito, não faria sentido, por exemplo, imaginar uma segunda Casa no Poder Legislativo do estado-membro "X", na qual fossem representados os demais estados da Federação, porque não há razão para que outros estados-membros participem do processo legislativo que dará origem a leis que somente vigorarão em "X". Tampouco se poderia cogitar de uma segunda Casa no Poder Legislativo do estado-membro "Y", na qual fossem representados os municípios situados em seu território, porque a estrutura do federalismo adotado pelo nosso constituinte originário não comporta participação de municípios nos processos legislativos de quaisquer outros entes federados. Dessa forma, nos estados, no Distrito Federal e nos municípios o Legislativo é formado por uma só Casa - assembléia legislativa, Câmara Legislativa e câmara municipal, respectivamente.

Em regra, o Congresso Nacional atua por meio da manifestação das duas Casas Legislativas, em separado, situação em que as proposições tramitam pelas duas Casas e essas, de forma autônoma e sem subordinação, sobre elas deliberam. Nesse caso, as sessões desenrolam-se, separadamente, em cada Casa Legislativa, de acordo com o regimento interno de cada uma delas. E o que ocorre, por exemplo, na aprovação de um projeto de lei ordinária.

Mas, há situações excepcionais em que a Constituição exige o trabalho simultâneo das duas Casas, hipótese em que temos a denominada sessão **conjunta.** Na sessão conjunta, como a própria denominação indica, as Casas atuam ao mesmo tempo, embora as deliberações sejam em separado, isto é, a contagem de votos se dá entre os pares de cada Casa. Nesse caso, os trabalhos dos congressistas são orientados pelas regras do Regimento Comum do Congresso Nacional.

O § 3.° do art. 57 da Constituição estabelece que, além de outros casos previstos no texto constitucional, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão em sessão conjunta para:

> I - inaugurar a sessão legislativa;
>
> II - elaborar o regimento comum e regular a criação de serviços comuns às duas Casas;
>
> III - receber o compromisso do Presidente e do Vice-Presidente da República;
>
> IV - conhecer do veto e sobre ele deliberar.

Dentre os outros casos previstos no texto constitucional em que as Casas atuarão em sessão conjunta, merece destaque a reunião para discussão e votação da lei orçamentária (art. 166).

Há no texto constitucional, ainda, uma hipótese (já exaurida) de atuação do Congresso Nacional em *sessão unicameral,* para a aprovação de emendas

constitucionais pelo processo simplificado de revisão, realizado cinco anos após a promulgação da Constituição (ADCT, art. 3.°). Observe-se que, nesse caso, o Congresso Nacional atuou, na realidade, como órgão unicameral, composto de 594 congressistas, sendo as deliberações tomadas pelo voto desses 594 congressistas, indistintamente.

A sessão conjunta não pode ser confundida com a sessão unicameral.

Na *sessão conjunta,* o Congresso Nacional atua bicameralmente. Assim, embora as discussões e votações ocorram no mesmo recinto, ao mesmo tempo, a maioria pretendida deverá ser computada entre os membros de cada uma das Casas, separadamente. Vale dizer, maioria absoluta em sessão conjunta do Congresso Nacional é maioria absoluta apurada na Câmara dos Deputados (entre deputados) e no Senado Federal (entre senadores), separadamente. Exemplificando: o veto do chefe do Executivo a projeto de lei é apreciado em sessão conjunta do Congresso Nacional, e só pode ser rejeitado pelo voto de maioria absoluta; assim, se todos os 513 Deputados votarem a favor da rejeição, mas dos 81 Senadores apenas 30 votarem a favor da rejeição, o veto não será rejeitado, pois a exigida maioria absoluta da sessão conjunta não foi alcançada (afinal, embora 543 congressistas tenham votado a favor da rejeição, a maioria absoluta não foi alcançada entre os integrantes do Senado Federal).

Na *sessão unicameral,* o Congresso Nacional atua como uma só Casa, composta de 594 congressistas, e a maioria pretendida será atingida pelo voto desses parlamentares em conjunto. Significa dizer que maioria absoluta em sessão unicameral é maioria apurada entre os 594 congressistas,[4] independentemente da Casa Legislativa a que pertençam. Exemplificando: na revisão constitucional, as emendas à Constituição eram aprovadas por maioria absoluta, em sessão unicameral; assim, se 300 Deputados votassem a favor da aprovação da matéria, a emenda estaria aprovada, ainda que nenhum Senador votasse favoravelmente.

3.2. Câmara dos Deputados

A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional, para mandatos de quatro anos, permitidas sucessivas reeleições.

A representação de cada estado e do Distrito Federal é proporcional à população, isto é, quanto mais populoso, maior será o número de representantes do ente federado na Câmara dos Deputados.

Note-se que, na sessão unicameral, não temos propriamente a atuação de "deputados" e "senadores", mas sim de "congressistas", haja vista que o Congresso Nacional está funcionando como uma só Casa.

A Constituição Federal atribui à lei complementar a fixação do número total de Deputados, bem como a representação por estado e pelo Distrito Federal, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados (art. 45, § l.°).[5]

Como se vê, a proporcionalidade à população não é absoluta, porquanto a Constituição estabelece o limite mínimo de oito e o máximo de setenta deputados por entidade federativa. Assim, por mais populoso que seja o ente federado (São Paulo, por exemplo), não disporá ele de mais de setenta representantes na Câmara dos Deputados. Da mesma forma, por menor que seja a população da entidade federativa (Acre, por exemplo), terá ela direito a eleger oito representantes.

Esses limites mínimo e máximo são reiteradamente objeto de críticas por parte dos representantes dos estados mais populosos (São Paulo, por exemplo, que possui mais de 40 milhões de habitantes), pois geram distorções, no plano federal, na representatividade popular na Casa do povo. Com efeito, um voto em um estado menos populoso termina tendo maior valor do que um voto em um estado muito populoso, isto é, um número "x" de paulistas precisa votar em um determinado candidato para que ele se eleja deputado federal, ao passo que um número muito menor de acreanos votando em um candidato pelo Acre irá elegê-lo deputado federal; na Câmara dos Deputados, tanto o voto do deputado paulista quanto o do acreano terão exatamente o mesmo valor. Esse sistema - estabelecimento de número mínimo de deputados federais, não importa quão pequena seja a população, e de número máximo, por mais populoso que o estado seja - termina por derruir a máxima do sistema proporcional clássico, que propugna a igualdade do voto ("o«e *man, one vote").*

Baseados nesses argumentos, sustentam alguns autores que o legislador constituinte originário andou mal ao estabelecer tais limites, porque eles, em vez de reforçar, vulnerariam o pacto federativo e o princípio republicano-democrático, ao distorcer a representação proporcional na Casa do povo. Entretanto, optou a Assembléia Nacional Constituinte por adotá-los, sob a alegação de que o estabelecimento de uma ilimitada proporcionalidade à população terminaria por acentuar as desigualdades regionais de nosso País.

Nos Territórios Federais não se optou pelo critério da proporcionalidade à população. Deveras, caso algum venha a existir, elegerá o número fixo de quatro deputados, independentemente da sua população.

Atualmente, a Lei Complementar n.° 78/1993 estabelece o número de 513 deputados federais.

3.2.1. Sistema Proporcional

A Constituição não disciplinou o funcionamento do sistema proporcional, utilizado nas eleições de deputados - federais e estaduais - e vereadores, deixando essa incumbência para o legislador ordinário. Atualmente, a matéria é regulada pelo Código Eleitoral, nos termos a seguir apresentados, em apertada síntese.

Preliminarmente, a fim de facilitar a compreensão do funcionamento do sistema proporcional, é importante esclarecer que nesse sistema eleitoral valoriza-se, precipuamente, o voto nos partidos políticos (e não, propriamente, no candidato em si), no intuito de que a Casa Legislativa reflita, proporcionalmente, a força de cada agremiação partidária.

Observando-se esse princípio de valorização da força dos partidos políticos, passemos ao exame do funcionamento do sistema proporcional no Brasil.

O primeiro passo é a determinação do denominado quociente eleitoral (QE). Este é o número mínimo de votos que um partido ou coligação partidária deverá alcançar para ter direito a eleger um candidato nas eleições. O quociente eleitoral é obtido a partir da divisão do número total de votos válidos (descontados os votos nulos e em branco) pelo número de cadeiras oferecidas na eleição.

Suponhamos que, em determinada eleição, na qual estejam sendo disputadas dez cadeiras na Câmara dos Deputados, tenham sido apurados os seguintes votos:

Total de votos da eleição: 260.000
Votos nulos: 15.000
Votos em branco: 5.000

Nessa situação hipotética, o quociente eleitoral será de 24.000 votos [QE = (260.000 - 20.000) / 10 = 24.000 votos].

Na prática, significa dizer que para um partido político ter direito a eleger candidatos nessa eleição, deverá alcançar, no mínimo, 24 mil votos. Os partidos políticos que não obtiverem esse número de votos estarão automaticamente excluídos da disputa, sem direito a eleição de nenhum deputado. Os partidos políticos que obtiverem esse número de votos passarão à fase seguinte, na qual se determina o número de vagas a que cada um terá direito, por meio da apuração do quociente partidário (QP).

Em segundo lugar, portanto, parte-se para a apuração do quociente partidário (QP), ao qual se chega dividindo pelo quociente eleitoral (QE) o número de votos que o partido ou coligação obteve.

Suponhamos que, na mesma eleição, tenham participado três partidos políticos, recebendo eles as votações abaixo apontadas:

Partido A: 48.000 votos
Partido B: 120.000 votos
Partido C: 72.000 votos

Considerando que o quociente partidário é obtido pela divisão do número de votos do partido pelo quociente eleitoral, teremos o seguinte:

Partido A: 48.000 / 24.000 = 2 vagas
Partido B: 120.000 /24.000 = 5 vagas
Partido C: 72.000 / 24.000 = 3 vagas

Nessa situação, caberiam ao partido A duas cadeiras de deputado; ao partido B, cinco cadeiras; e o partido C elegeria os três outros deputados, totalizando as dez vagas que estavam em disputa na eleição.

Por fim, a distribuição das vagas dentro de cada partido é feita levando-se em conta a votação de cada candidato, vale dizer, as vagas serão atribuídas aos candidatos mais votados do respectivo partido. Logo, no partido A, seriam eleitos deputados os dois candidatos mais votados do partido A; no partido B, os cinco candidatos mais votados do partido B; no partido C, os três candidatos mais votados do partido C.

Cabe observar que, nesse exemplo, por razões meramente didáticas, as divisões realizadas apresentaram resultados exatos, não ocorrendo a denominada "sobra" (ou "restos") de vagas na eleição. Porém, em circunstâncias reais, é comum a ocorrência de sobra de cadeiras, hipótese em que se tem que apurar qual partido político será beneficiado com tais vagas, isto é, a que partido serão atribuídas as "sobras" ou "restos".

A fim de ilustrarmos o surgimento da denominada "sobra" de vagas, reformulemos o exemplo anterior, aumentando de três para quatro o número de partidos concorrentes nas eleições, com as seguintes votações:

Partido A: 50.000 votos
Partido B: 73.000 votos
Partido C: 97.500 votos
Partido D: 19.500 votos

Apurando-se o quociente partidário (QP), teríamos o seguinte:

Partido A: 50.000 / 24.000 = 2 vagas (sobra de 2.000 votos)

Partido B: 73.000 / 24.000 = 3 vagas (sobra de 1.000 votos)
Partido C: 97.500 / 24.000 4 vagas (sobra de 1.500 votos)
Partido D: excluído da eleição, por não ter alcançado o quociente partidário.

Note-se que, nessa nova situação, pela distribuição inicial, só foram preenchidas nove vagas. Houve, então, "sobra" de uma vaga, haja vista que a eleição oferece dez cadeiras para deputados. Qual partido político será beneficiado com essa "sobra"? A que partido será atribuída essa décima vaga?

Existem três critérios para a distribuição das sobras no sistema proporcional, a saber:

a) maior votação global;

b) maior sobra;

c) maior média.

Pelo critério da maior votação global, será contemplado com a sobra o partido político que obtiver a maior votação global na eleição. No exemplo acima, a décima vaga seria atribuída ao partido C, que obteve a maior votação global (97.500 votos).

Pelo critério da maior sobra, será contemplado o partido que, após a distribuição inicial de cadeiras, permanecesse com a maior sobra de votos não-utilizados. Por esse critério, a décima vaga seria atribuída ao partido A, no qual houve a maior sobra de votos (2.000 votos).

Pelo critério da maior média, será contemplado com a sobra o partido que obtiver a maior média da relação: total de votos obtidos (X) cadeiras ocupadas.

Para apurarmos a maior média, devemos atribuir, fictamente, mais uma vaga a todos os partidos políticos e, então, calcularmos a nova relação: total de votos obtidos pelo partido/vagas ocupadas.

Partido A: 50.000 / (2 + 1) = média de 16.666 votos por vaga
Partido B: 73.000 / (3 + 1) = média de 18.250 votos por vaga
Partido C: 97.500 / (4 + 1) = média de 19.500 votos por vaga

Nessa situação, pelo critério da maior média, a vaga remanescente seria atribuída ao Partido C, que obteve a maior média de votos por vaga preenchida (19.500 votos por cadeira).

Se, porventura, a sobra fosse de mais de uma vaga, haveria sucessivas apurações da maior média, para a atribuição de cada uma das vagas (numa primeira apuração, seria concedida uma vaga ao partido que lograsse a maior

média; far-se-ia, então, uma nova apuração para a distribuição da segunda sobra - e assim sucessivamente, até a distribuição de todas as sobras).

Cada país adota o critério que entender mais conveniente para a atribuição das sobras no sistema proporcional. No Brasil, o critério adotado é o da **maior média.**

Concluída essa breve noção, percebemos facilmente que, ao contrário do princípio majoritário, o sistema proporcional privilegia, prioritariamente, a força do partido político ou da coligação partidária, e não a votação do candidato em si. Afinal, se o partido político não atingir o quociente eleitoral, não terá direito a eleger nenhum candidato, não importando o número de votos que seus candidatos, isoladamente, tenham obtido na eleição.

Duas situações hipotéticas nos facilitam a compreensão.

Imaginemos que, em determinada eleição proporcional, na qual o quociente eleitoral tenha sido de 20.000 votos, o partido "Y" tenha atingido a marca de 19.500 votos, sendo que, desses, 19.000 votos tenham sido obtidos pelo. seu candidato João, o mais votado de toda a eleição. Nessa situação, o partido "Y" não terá direito a eleger nenhum candidato, em razão de não ter alcançado o quociente eleitoral e, com isso, o seu candidato João, mesmo tendo sido o candidato mais votado das eleições, não será eleito.

Imaginemos, agora, determinada eleição proporcional na qual o quociente eleitoral tenha sido de 30.000 votos, o partido "Z" tenha atingido o quociente eleitoral e, pelo quociente partidário; tenha adquirido o direito ao preenchimento de três cadeiras, que serão, então, atribuídas aos seus três candidatos mais votados. Os seus três candidatos mais votados foram Pedro (80.000 votos), Maria (9.997 votos) e José (3 votos). Nessa situação, o candidato José seria eleito pelo partido "Z" com apenas 3 votos. Notem que, nessa mesma eleição, se o partido "W" tivesse obtido 29.500 votos, não teria direito a eleger nenhum candidato - não atingiu o quociente eleitoral -, mesmo que um de seus candidatos, Antônio, tivesse recebido 29.000 desses 29.500 votos (Antônio teria recebido quase o triplo dos votos de Maria e José juntos e, mesmo assim, não seria eleito!).

Vale ressaltar que, segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, o cômputo dos votos em branco para determinação do quociente eleitoral nas eleições proporcionais **não** é incompatível com a Constituição Federal de 1988, haja vista que a vedação expressa do art. 77, § 2.°, da Carta da República[6] dirige-se, tão-somente, ao princípio majoritário.[7] Vimos que, atualmente, a legislação eleitoral, por opção do legislador ordinário, **não** prevê a contagem

Art. 77, § 2.° - "Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos."

RE 140.386/MT, rei. Min. Carlos Velloso, 19.05.1993.

dos votos em branco na determinação do quociente eleitoral, mas, de acordo com esse entendimento da Corte Maior, nada impediria que a legislação fosse futuramente alterada e passasse a fazê-lo.

3.2.2 Fidelidade partidária

A Constituição Federal não dispõe, expressamente, acerca da fidelidade partidária, isto é, nada estabelece sobre a obrigatoriedade de um deputado eleito pelo partido "y" nele permanecer durante todo o mandato.

Em razão dessa omissão do texto constitucional, tornou-se prática corriqueira no Legislativo brasileiro a chamada "troca de partido", em que o parlamentar eleito pelo partido "y" troca, na vigência do mandato, uma, duas ou mais vezes de partido político, de acordo com as conveniências do momento. Essa prática era corroborada pela jurisprudência dos tribunais, que a consideravam legítima, exatamente em virtude da inexistência de vedação constitucional expressa.

A partir de março de 2007, entretanto, o Tribunal Superior Eleitoral passou a entender que "os partidos políticos e as coligações partidárias têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, se, não ocorrendo razão legítima que o justifique, registrar-se ou o cancelamento de filiação partidária ou a transferência para legenda diversa, do candidato eleito por outro partido".[8]

Essa tese foi ratificada pelo Supremo Tribunal Federal que - tendo em vista a essencialidade dos partidos políticos no processo de poder e na conformação do regime democrático, a importância do postulado da fidelidade partidária, o alto significado das relações entre o mandatário eleito e o cidadão que o escolhe, o caráter eminentemente partidário do sistema proporcional e as relações de recíproca dependência entre o eleitor, o partido político e o representante eleito - asseverou que a fidelidade partidária representa emanação direta da própria Constituição, notadamente dos fundamentos e dos princípios estruturantes em que se apoia o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1.°, I, II e V).[9]

O Supremo Tribunal Federal deixou assente, porém, que há situações excepcionais - mudança significativa de orientação programática do partido ou comprovada perseguição política - que tornam legítimo o desligamento voluntário do partido. O parlamentar tem o direito de instaurar, perante o órgão competente da Justiça Eleitoral, procedimento no qual - em observância ao princípio do de-

[8] TSE, Consulta n.° 1.398/DF, 27.03.2007.

[9] MS 26.602/DF, rei. Min. Eros Grau, 04.10.2007; MS 26.603/DF, rei. Min. Celso de Mello, 04.10.2007; MS 26.604/DF, rei. Min. Cármen Lúcia, 04.10.2007.

vido processo legal, bem como à garantia de contraditório e ampla defesa - seja a ele possível demonstrar a ocorrência dessas justificadoras de sua desfiliação partidária, caso em que manterá a titularidade do seu mandato legislativo.

Diante da mudança substancial da jurisprudência da Corte Suprema acerca do tema, que vinha sendo no sentido da inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados, foi fixada como marco inicial para a obrigatoriedade de fidelidade partidária a data em que o TSE apreciou a Consulta n° 1.398/DF, ou seja, 27.03.2007. Significa dizer que os parlamentares que efetuaram mudança de partido, mesmo injustificadamente, em data anterior a 27.03.2007 não serão afetados por esse novo entendimento.

Posteriormente, em 16 de outubro de 2007, o Tribunal Superior Eleitoral definiu que o princípio da fidelidade partidária também vale para os cargos majoritários - senadores, prefeitos, governadores e Presidente da República. Com isso, temos que a fidelidade partidária passou a ser obrigatória, a partir de 27 de março de 2007, para os mandatários de cargos proporcionais e, a partir de 16 de outubro de 2007, para os eleitos pelo sistema majoritário.

3.3. Senado Federal

O Senado Federal é composto por representantes dos estados e do Distrito Federal, de forma paritária, assegurando-se, com isso, o equilíbrio federativo.

E correto afirmar, portanto, que no Brasil os senadores não representam o povo, mas sim os estados e o Distrito Federal, como meio de fazer valer a vontade deles na formação da vontade nacional, característica marcante da forma Federativa de Estado. É por esse motivo que afirmamos antes que o nosso bicameralismo é do tipo federativo, haja vista que a existência dessa segunda Casa tem por fim assegurar a representatividade dos estados e do Distrito Federal na formação da ordem jurídica nacional.

Cada estado e o Distrito Federal elegem o número fixo de três senadores, com mandato de oito anos. Diferentemente da Câmara dos Deputados, na qual há renovação integral dos seus representantes a cada quatro anos, no Senado Federal a representação de cada Estado e do Distrito Federal é sempre renovada **parcialmente,** de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços. Assim, numa eleição são eleitos dois senadores; na eleição subseqüente (quatro anos depois), elege-se um senador; na eleição ulterior (quatro anos depois), dois senadores - e assim sucessivamente.

Os senadores são eleitos pelo princípio majoritário simples, ou seja, considera-se eleito o candidato que obtiver o maior número de votos nas eleições, excluídos os em branco e os nulos, sempre em um só turno de votação. É o chamado princípio majoritário *simples* ou *puro,* em que o candidato mais vo-

tado é eleito em um só turno, sem necessidade de alcançar qualquer maioria qualificada.[10] Assim, nas eleições para uma cadeira no Senado Federal, será eleito em cada estado e no Distrito Federal o candidato mais votado, ainda que a diferença de votos entre ele e o segundo colocado seja de apenas um voto.

Cada senador é eleito com dois suplentes, vale dizer, ao elegermos um senador estamos, na realidade, elegendo três candidatos, o titular e o primeiro e segundo suplentes. Esses últimos só exercerão efetivamente a cadeira em caso de afastamentos ou impedimentos, temporários ou definitivos, do titular.

4. ÓRGÃOS

4.1. Mesas diretoras

O órgão administrativo de direção das Casas Legislativas é sua *mesa*.

A *mesa* é o órgão responsável pelas funções meramente administrativas, bem como pela condução dos trabalhos legislativos que se desenvolvem em cada Casa. Temos, então, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal e, também, a Mesa do Congresso Nacional, que atua nas sessões conjuntas deste.

A Mesa do Congresso Nacional será presidida pelo Presidente do Senado Federal, e os demais cargos serão exercidos, alternadamente, pelos ocupantes de cargos equivalentes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (CF, art. 57, § 5.°). Assim, a Mesa do Congresso Nacional será composta pelo Presidente do Senado, 1.° Vice-Presidente da Câmara, 2.° Vice-Presidente do Senado, 1." Secretário da Câmara, 2.° Secretário do Senado, 3.° Secretário da Câmara e 4.° Secretário do Senado.

As mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal são eleitas, respectivamente, pelos deputados e senadores, devendo ser assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa (CF, art. 58, § 1.°).

Os membros das mesas são eleitos para mandato de dois anos. Com isso, temos duas eleições para a mesa em cada legislatura. A primeira eleição, no

No Brasil, o princípio majoritário *simples* ou *puro* é adotado para as eleições de senadores e prefeitos dos municípios com até duzentos mil eleitores. Para as eleições de Presidente da República, governadores dos estados e do Distrito Federal e prefeitos de municípios com mais de duzentos mil eleitores é adotado o chamado princípio majoritário *em dois turnos,* que exige a obtenção de maioria absoluta dos votos, excluídos os em branco e os nulos. Neste caso, se a maioria absoluta dos votos não for alcançada no primeiro turno por nenhum candidato, far-se-á um segundo turno entre os dois candidatos mais votados, considerando-se eleito o que obtiver a maioria dos votos válidos.

primeiro ano da legislatura, é realizada na chamada *sessão preparatória*, que se inicia em 1.º de fevereiro (CF, art. 57, § 4.º). A segunda eleição ocorre no início do terceiro ano da legislatura, em sessão anterior ao início dos trabalhos legislativos ordinários.

A Constituição Federal veda a recondução de membro da mesa para o mesmo cargo na eleição imediatamente subseqüente (CF, art. 57, § 4.º).

Note-se que a vedação é à recondução ao **mesmo cargo,** nada impedindo que o congressista seja reconduzido no período subseqüente, desde que em cargo diferente (o Vice-Presidente da mesa pode, por exemplo, ser reconduzido como Presidente no período subseqüente).

Ademais, a proibição só alcança a eleição realizada no âmbito da **mesma legislatura,** no início do terceiro ano desta. Terminada a legislatura, os membros da mesa poderão ser reconduzidos, para o mesmo cargo, na primeira eleição da nova legislatura que se inicia. Assim, iniciada a legislatura, serão eleitos os membros da mesa, para mandatos de dois anos; no início do terceiro ano da legislatura, haverá eleição de nova mesa, para os dois últimos anos da legislatura, momento em que **não** poderá ocorrer recondução para o mesmo cargo; na eleição subseqüente, para a mesa dos dois primeiros anos da nova legislatura que se inicia, poderá ocorrer recondução para o mesmo cargo, não incidindo a proibição do § 4.º do art. 57 da Constituição Federal."

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, essa regra que veda a recondução, para o mesmo cargo, dos membros da Mesa das Casas Legislativas do Congresso Nacional **não** é de reprodução obrigatória por parte dos estados-membros. Significa dizer que, se assim decidir o constituinte estadual, a Constituição do estado-membro poderá autorizar a recondução dos membros da mesa da assembléia legislativa para a eleição imediatamente subseqüente, sem que isso configure ofensa à Constituição Federal.

Em consonância com esse entendimento, as leis orgânicas dos municípios e do Distrito Federal também poderão, se assim o desejarem, estabelecer a possibilidade de recondução dos seus membros para o mesmo cargo na eleição subseqüente.

4.2. Comissões

As Casas Legislativas, para o bom desempenho de seus trabalhos legislativos, constituem comissões, que são órgãos colegiados, compostos por número restrito de membros.

Nesse sentido, dispõe o § 1.º do art. 5º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: "Não se considera recondução a eleição para o mesmo cargo em legislaturas diferentes, ainda que sucessivas."

A atuação do Legislativo por meio de comissões visa, na realidade, a facilitar o trabalho do Plenário das Casas, pois caberá às comissões estudar e examinar as diversas proposições legislativas e apresentar pareceres que orientarão as discussões e deliberações plenárias. Foram o grande número e a diversidade de matérias submetidas à apreciação do Legislativo que determinaram a necessidade de criação das comissões, visto que elas conferem maior celeridade à tramitação das proposições. Nos dias atuais, a regra, nos mais diferentes Países, é a atuação do Legislativo por meio das comissões, orientando e facilitando a tarefa do Plenário.

A previsão genérica das atribuições das comissões parlamentares está no § 2.° do art. 58 da Constituição Federal, nos termos seguintes:

> § *2°* Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:
>
> I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;
>
> II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;
>
> III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições;
>
> IV - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;
>
> V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;
>
> VI - apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.

As comissões do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal são criadas pelas Casas correspondentes, na forma e com atribuições definidas no regimento interno respectivo. Percebe-se que as comissões podem ser constituídas no âmbito de cada Casa, hipótese em que serão compostas por deputados ou por senadores, ou, ainda, podem ser integradas por deputados e por senadores, caso em que teremos as chamadas Comissões Mistas do Congresso Nacional.

A própria Constituição Federal determina a criação de importantes comissões mistas do Congresso Nacional, como a Comissão Mista destinada a apreciar as medidas provisórias adotadas pelo Presidente da República (art. 62, § 9.°) e a Comissão Mista do Orçamento, prevista no seu art. 166, à qual compete, dentre outras funções, e sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas: (a) examinar e emitir parecer sobre os projetos de lei do plano plurianual, de lei de diretrizes or-

çamentárias, de lei orçamentária anual e de créditos adicionais; (b) examinar e emitir parecer sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República; (c) examinar e emitir parecer sobre planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição; e (d) exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária.

Na constituição das comissões deverá ser assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa (CF, art. 58, § 1.º). Essa exigência visa a assegurar que, em todas as comissões, haja representatividade das diferentes forças políticas que atuam no parlamento. A observância dessa regra é sobremaneira relevante, tendo em vista o fato de que muitos projetos de lei não chegam a ser votados em Plenário, sujeitando-se a votação terminativa nas próprias comissões (salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa - CF, art. 58, § 2.°, inciso I). Ora, se pudessem ser constituídas comissões em que a proporção de parlamentares por partido fosse inteiramente divorciada da existente na respectiva Casa, estar-se-ia burlando o princípio representativo. Com efeito, poderíamos ter projetos de lei do interesse do Governo aprovados mediante votação terminativa em uma comissão que tivesse sido constituída, por exemplo, com uma proporção de membros dos partidos governistas muito maior do que a existente na Casa. Assim, é de supor que, se o projeto tivesse sido levado a Plenário, o resultado da votação teria sido diferente daquele que se obteve na votação terminativa na hipotética comissão na qual não se observou a regra de proporcionalidade. É verdade que a oposição poderia conseguir um décimo dos votos da Casa para recorrer e obrigar o projeto a ser votado em Plenário. Talvez isso efetivamente acontecesse em projetos mais importantes ou mais polêmicos, mas a verdade é que, no dia a dia, muitas leis seriam aprovadas em total desrespeito à representatividade determinada pelos eleitores, nas urnas. Assim, para resguardar o sistema representativo e para assegurar os direitos da oposição e das minorias parlamentares, a Constituição determina que seja observada, "tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa" (não se trata de uma faculdade, ou de mera recomendação, mas sim de um comando imperativo, ou seja, somente se não for matematicamente possível é que a proporção poderá deixar de ser estritamente observada).

As comissões podem ser permanentes ou temporárias.

As comissões permanentes são aquelas de caráter técnico legislativo ou especializado, integrantes da estrutura institucional da Casa, co-partícipes e agentes do processo legiferante, que têm por finalidade apreciar os assuntos ou proposições, submetidos ao seu exame, e sobre eles deliberar, assim como exercer o acompanhamento dos planos e programas governamentais

e a fiscalização orçamentária da União, no âmbito dos respectivos campos temáticos e áreas de atuação.[12]

As comissões permanentes são, portanto, órgãos técnicos criados pelo regimento interno, com a finalidade de discutir e votar as proposições e projetos que são apresentados à respectiva Casa. Com relação a determinadas proposições ou projetos, essas Comissões se manifestam emitindo opinião técnica sobre o assunto, por meio de pareceres, antes de o assunto ser levado ao Plenário. Com relação a outras proposições, elas decidem, aprovando-as ou rejeitando-as, sem a necessidade de passarem pelo Plenário da Casa. Na ação fiscalizadora, as comissões atuam, em síntese, como mecanismos de controle dos programas e projetos executados ou em execução, a cargo do Poder Executivo. Essas comissões perduram enquanto constarem do regimento interno e têm a sua composição renovada na forma estabelecida no regimento, assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.

As comissões temporárias são aquelas criadas para apreciar determinado assunto, e se extinguem ao término da legislatura, ou antes, quando alcançado o fim a que se destinavam ou expirado o seu prazo de duração. São exemplos de comissões temporárias as comissões **representativas,** destinadas a representar a Casa Legislativa em congressos, solenidades ou atos públicos, e as comissões **parlamentares de inquérito** (CPI), criadas para investigar fato determinado de interesse público.

Um outro exemplo de comissão temporária é a chamada Comissão Mista Representativa do Congresso Nacional, prevista no § 4.° do art. 58 da Constituição, nos termos seguintes:

> § 4.° Durante o recesso, haverá uma Comissão representativa do Congresso Nacional, eleita por suas Casas na última sessão ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição reproduzirá, quanto possível, a proporcionalidade da representação partidária.

Essa comissão mista é constituída para atuar somente nos períodos de recesso do Congresso Nacional, a ela competindo zelar pelo cumprimento das prerrogativas e da competência legislativa do Congresso Nacional. Como

[12] A título de exemplificação, atualmente a Câmara dos Deputados possui 22 (vinte e duas) comissões permanentes: a de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural - CAPADR; a da Amazônia, Integração Nacional e de Desenvolvimento Regional - CAINDR; a de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática - CCTCI; a de Constituição e Justiça e de Cidadania - CCJC; a de Defesa do Consumidor - CDC; a de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio - CDEIC; a de Desenvolvimento Urbano - CDU; a de Direitos Humanos e Minorias - CDHM etc.

a sessão legislativa ordinária é composta de dois períodos legislativos (2/2 a 17/7 e 1.78 a 22/12), essa comissão mista é composta, durante a mesma sessão legislativa, em dois momentos distintos: na última sessão ordinária do primeiro período legislativo (para atuar no recesso de 18/7 a 31/7) e na última sessão ordinária do segundo período legislativo (para atuar no recesso de 23/12 a 1.72, salvo no primeiro ano da legislatura, quando sua atuação terminará em 31/1, em razão do início da sessão preparatória).

4.2.1. Comissões parlamentares de inquérito

As comissões parlamentares de inquérito (CPIs) são comissões temporárias, criadas pela Câmara dos Deputados, pelo Senado Federal ou pelo Congresso Nacional, com o fim de investigar fato determinado de interesse público.

Vale lembrar que a atuação das comissões parlamentares de inquérito consubstancia **atuação típica** do Poder Legislativo, no desempenho da sua atribuição fiscalizatória de atos conexos ao Poder Público.

Em verdade, conforme lição do Professor Alexandre de Moraes, a função fiscalizatória do Poder Legislativo pode ser classificada em *controle político-administrativo* e *controle financeiro-orçamentário.* Pelo primeiro controle, o Legislativo poderá fiscalizar e questionar os atos da Administração Pública, tendo acesso ao funcionamento de sua máquina burocrática, a fim de avaliar a gestão da coisa pública e, conseqüentemente, tomar as medidas que entenda necessárias. Pelo segundo, o Legislativo realiza a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração Direta e Indireta, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, tudo isso nos termos dos arts. 70 a 75 da Constituição.

A fiscalização por meio da criação de comissões parlamentares de inquérito enquadra-se, portanto, no chamado *controle político-administrativo* do Poder Legislativo.

A previsão constitucional para a criação das comissões parlamentares de inquérito está no § 3.° do art. 58, nos termos seguintes:

> § 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Com fundamento nesse dispositivo constitucional e na rica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a atuação das comissões parlamentares de inquérito, passemos ao exame, separadamente, dos aspectos mais relevantes sobre essas comissões temporárias de investigação.

4.2.1.1. Criação

Para a criação de uma comissão parlamentar de inquérito é indispensável o cumprimento de três requisitos constitucionais, a saber: (a) requerimento de um terço dos membros da Casa Legislativa; (b) indicação de fato determinado a ser objeto de investigação; (c) fixação de um prazo certo para a conclusão dos trabalhos (temporalidade).

O requerimento será de um terço dos membros da Câmara dos Deputados, se a comissão parlamentar de inquérito a ser criada for dessa Casa Legislativa. Se a comissão for criada no Senado Federal, o requerimento deverá ser firmado por um terço dos senadores. No caso de comissão parlamentar mista de inquérito - CPMI, o requerimento deverá ser de um terço dos membros de ambas as Casas Legislativas.

É condição indispensável para criação de comissão parlamentar de inquérito o apontamento de um **fato determinado** a ser investigado. Não se admite a criação de uma CPI para uma investigação de objeto genérico, inespecífico, abstrato. Seria, por exemplo, flagrantemente inconstitucional a criação de uma CPI para investigar "a corrupção no Poder Executivo", ou "os desvios de conduta dos membros do Poder Judiciário".

A indicação do fato determinado tem, também, a função de atuar como garantia para os indivíduos atingidos pela investigação, haja vista que eles não estarão obrigados a prestar à comissão nenhuma informação sobre assunto não conexo com o fato apontado como motivador da sua criação. Com efeito, há decisões do Supremo Tribunal Federal desobrigando convocados por CPI de prestarem depoimentos, sob o argumento de que a convocação havia sido expedida tendo por fim a investigação de fato absolutamente estranho àquele especificado inicialmente como objeto das investigações.

É certo que o fato determinado não precisa ser único. Nada impede que a comissão parlamentar investigue mais de um fato, desde que eles sejam determinados. Ademais, a indicação do fato determinado no momento da criação da comissão parlamentar **não** impede a apuração de outros fatos conexos a ele, ou, ainda, de outros fatos inicialmente desconhecidos, que surgirem durante a investigação, bastando, para que isso ocorra, que haja um aditamento do objeto inicial da CPI.[13]

[13] HC 71.039/RJ, rei. Min. Paulo Brossard, 07.04.1994.

A comissão parlamentar de inquérito deve ser criada por **prazo certo,** vale dizer, é obrigatória a indicação de um prazo certo para a conclusão dos seus trabalhos. Essa indicação de um prazo certo, porém, não é peremptória, haja vista que são permitidas sucessivas prorrogações, desde que no âmbito da mesma legislatura, observados os requisitos regimentais para essa postergação.

A exigência de que as sucessivas prorrogações de prazo ocorram dentro da mesma legislatura é restrição justificada pelo fato de que, conforme vimos, o término da legislatura implica encerramento obrigatório de todas as comissões temporárias, entre as quais se incluem as CPIs.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma vez cumpridos esses três requisitos, a criação da comissão parlamentar de inquérito é determinada no ato mesmo da apresentação do requerimento ao Presidente da Casa Legislativa, independentemente de deliberação plenária.[14]

Significa dizer que, com a entrega do requerimento escorreito ao Presidente da Casa, tem-se por criada a comissão parlamentar de inquérito. Não pode, nem o Presidente da Casa, nem o respectivo Plenário frustrar a criação da comissão parlamentar, desde que os requerentes tenham cumprido fielmente os requisitos constitucionais para sua instalação. Não cabe ao Presidente da Casa qualquer apreciação de mérito sobre o objeto da investigação parlamentar. Incumbe a ele, apenas, ordenar que o requerimento seja numerado e publicado. Ainda, segundo a Corte Maior, a publicação do requerimento tem efeito meramente declaratório, dando publicidade a ato anterior, constitutivo da criação da comissão. No ato da apresentação do requerimento ao Presidente da Casa legislativa, desde que cumpridos os requisitos necessários, surge a comissão, cabendo aos subscritores do requerimento, depois de numerado, lido e publicado, reunirem-se, com qualquer número, para materializar, de fato, sua instalação.

Por fim, cabe-nos destacar uma relevante orientação fixada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da criação de comissões parlamentares de inquérito nos estados. Segundo o Tribunal, por força do pacto federativo, o modelo federal de criação e instauração das comissões parlamentares de inquérito constitui matéria a ser compulsoriamente observada pelas casas legislativas estaduais.[15]

Deixou assente o Pretório Excelso que os requisitos indispensáveis e suficientes à criação de comissões parlamentares de inquérito encontram-se dispostos, estritamente, no art. 58, § 3.°, da Constituição Federal, preceito de observância compulsória pelas casas legislativas estaduais (princípio da simetria). Significa dizer que os estados não poderão estabelecer outros requisitos

[14] MS 24.831, rei. Min. Celso de Mello, 22.06.2005.
[15] ADI 3.619/SP, rei. Min. Eros Grau, 01.08.2006.

para a criação de comissões parlamentares de inquérito, além dos previstos no art. 58, § 3.°, da Constituição da República. Na situação concretamente analisada, o regimento da Assembléia Legislativa de São Paulo determinava que o requerimento de criação de CPI fosse submetido à deliberação do Plenário, disposição que foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pois, conforme destacou o Ministro Eros Grau:

> Os requisitos indispensáveis à criação das comissões parlamentares de inquérito estão dispostos, estritamente, no art. 58 da CB/88. O requerimento de um terço dos seus membros é bastante e suficiente à instauração da comissão. A sujeição do requerimento de criação da comissão a essa deliberação eqüivaleria a frustração da própria garantia. As minorias - vale dizer, um terço dos membros da Assembléia Legislativa - já não mais deteriam o direito à criação da comissão parlamentar de inquérito, que passaria a depender de decisão da maioria, tal como expressa no plenário.

Por outro lado, deixou assente o Supremo Tribunal Federal que não há vedação constitucional a que as Casas Legislativas estabeleçam regimentalmente limites para a criação simultânea de CPIs. Com base nessa orientação, o Tribunal considerou constitucional regra do Regimento Interno da Câmara dos Deputados que veda a criação de mais de cinco CPIs simultâneas naquela Casa Legislativa, salvo mediante projeto de resolução nos termos do art. 35, § 4.°, do citado Regimento.[16]

Por fim, vale anotar que, em tese, podem ser criadas CPIs simultâneas, pelas duas Casas do Congresso Nacional, para investigar o mesmo fato determinado. Com efeito, em razão da autonomia das Casas do Congresso Nacional, é plenamente possível a criação simultânea de uma CPI da Câmara dos Deputados e outra CPI do Senado Federal para investigar idêntico fato.

4.2.1.2. Poderes de investigação

Determina a Constituição Federal que as comissões parlamentares de inquérito dispõem de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

O Professor Alexandre de Moraes destaca a imprecisão do texto constitucional, ao outorgar às comissões parlamentares de inquérito os "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais", uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro inexiste, em regra, o juiz-investigador, tarefa essa deixada institucionalmente a cargo das Polícias Civil e Federal e do Ministério Público,

[16] ADI 1.635/DF, rei. Min. Maurício Corrêa, 05.03.2004.

em face da adoção do processo acusatório, onde a separação entre o juiz e o órgão acusador é extremamente rígida. Nesse sentido, completa o autor, seria melhor a menção aos "poderes instrutórios" dos juizes, que podem ser por eles exercidos durante a instrução processual penal.

É certo, porém, que esses poderes não são ilimitados, tampouco alcançam todas as matérias de competência dos membros do Poder Judiciário. Com efeito, veremos, adiante, que há medidas determináveis pelos membros do Poder Judiciário que não podem ser adotadas pelas comissões parlamentares de inquérito, tais como a autorização para interceptação das comunicações telefônicas e a decretação da indisponibilidade de bens do investigado. É que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há, no ordenamento constitucional brasileiro, certas medidas que só podem ser adotadas por membros do Poder Judiciário. Nenhum outro órgão da República, nem mesmo as comissões parlamentares de inquérito, que são dotadas de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, poderá determiná-las. São as medidas protegidas pela cláusula de "reserva de jurisdição", há muito assentada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.[17]

A investigação realizada por comissão parlamentar de inquérito qualifica-se como procedimento jurídico-constitucional revestido de autonomia e dotado de finalidade própria, não se confundindo com a investigação realizada pela polícia judiciária e pelos ministérios públicos. Essa natureza autônoma da investigação parlamentar permite a criação de comissão parlamentar de inquérito para investigar fato determinado que já esteja sendo investigado em inquéritos policiais ou processos judiciais regularmente instalados, situação em que as investigações correrão paralelamente.

Os poderes de investigação das comissões parlamentares de inquérito criadas pelas Casas do Congresso Nacional **não** alcançam fatos ligados estritamente à competência dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Em respeito ao pacto federativo, esses assuntos não poderão ser investigados por comissão parlamentar das Casas do Congresso Nacional, pois essa medida implicaria interferência indevida da União na esfera de autonomia desses entes federados, mas sim por comissões parlamentares criadas no âmbito das respectivas (Assembléia Legislativa, Câmara Legislativa e Câmara Municipal, respectivamente).

Da mesma forma, os poderes da investigação parlamentar não alcançam os chamados **atos de natureza jurisdicional,** assim entendidos aqueles praticados por membros do Poder Judiciário no desempenho de sua atividade típica (decisões judiciais). É que, segundo a jurisprudência do Supremo

[17] Sobre a cláusula "reserva de jurisdição", consultar MS 23.452/RJ, rei. Min. Celso de Mello, 19.09.1999.

Tribunal Federal, a intimação de magistrado para prestar esclarecimentos perante comissão parlamentar de inquérito sobre ato jurisdicional praticado ofenderia o princípio constitucional da separação de Poderes, haja vista que a atuação do magistrado no exercício profissional é intangível, não podendo sofrer ingerências de outros Poderes.[18]

Dessa forma, os membros do Poder Judiciário não estão obrigados a comparecer perante comissão parlamentar de inquérito para prestar depoimento a respeito da função jurisdicional, isto é, sobre sentenças judiciais por eles proferidas. O magistrado poderá ser convocado para depor perante comissão parlamentar, mas, tão-somente, sobre sua atuação como administrador público, na prática de atos administrativos; se a convocação é para depoimento a respeito de suas decisões judiciais, é ilegítima, por ofensa ao princípio da separação de Poderes, que não autoriza o controle externo da atividade jurisdicional.

O poder de investigação das comissões parlamentares pode incidir sobre integrantes da população indígena. Porém, em respeito à proteção constitucional outorgada aos índios (CF, arts. 215, 216 e 231), a comissão parlamentar não dispõe de poderes para convocar integrante de população indígena para depor em audiência a ser realizada fora da área indígena. O índio poderá ser ouvido pela comissão parlamentar, mas somente no âmbito da área indígena, em dia e hora previamente acordados com a comunidade, e com a presença de representante da Fundação Nacional do índio - FUNAI e de um antropólogo com conhecimento da mesma comunidade.[19]

Por fim, esclarecemos que os poderes de investigação das comissões parlamentares de inquérito alcançam somente fatos determinados relacionados ao **interesse público.** Se o fato ou negócio é de interesse exclusivamente privado, sem nenhum nexo causai com a gestão da coisa pública, sua investigação poderá ser realizada por outros órgãos do Estado, tais como as polícias, mas não por comissão parlamentar. Entretanto, a investigação parlamentar poderá incidir sobre negócios privados, desde que desses advenha repercussão de interesse público.

4.2.1.3. Direitos dos depoentes

As comissões parlamentares de inquérito têm competência para, por ato próprio, convocar e inquirir pessoas, seja na condição de testemunha, seja na condição de investigado. Podem, até mesmo, lançar mão da polícia judiciária para localizar testemunha cujo endereço seja desconhecido, para o fim de

[18] HC 80.089/RJ, HC 79.441/DF, HC 80.539/PA, dentre outros.
[19] HC 80.240/RR, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 20.06.2001.

proceder à intimação. Podem, ainda, determinar a condução coercitiva de testemunha, no caso de recusa ao comparecimento.

Entretanto, a comissão parlamentar tem o dever de respeitar os direitos constitucionais dos depoentes durante as sessões de trabalho, sob pena de invalidade de seus atos.

O depoente tem o direito de permanecer calado durante o interrogatório, negando-se a responder àquelas indagações formuladas pelos integrantes da comissão parlamentar que, no seu entender, possam incriminá-lo, pois ninguém pode ser obrigado a depor contra si mesmo. O direito constitucional ao silêncio (art. 5.°, inciso LXIII) pode legitimamente ser invocado pelo depoente sempre que, a seu critério, ou de seu advogado, as respostas a serem dadas às perguntas formuladas pelos parlamentares possam levar à sua auto-incriminação.

A condição de testemunha não afasta do depoente o direito constitucional ao silêncio. Com efeito, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o direito ao silêncio alcança o depoente na condição de investigado e, também, na condição de testemunha, independentemente da formalização, ou não, do compromisso de dizer a verdade, sempre que a resposta à pergunta formulada, a critério dele, depoente, ou de seu advogado, possa atingir a garantia constitucional de não auto-incriminação.[20]

O depoente pode, também, invocar o seu direito ao sigilo profissional, negando-se a responder às indagações relacionadas ao exercício de sua atividade profissional. Alguns profissionais têm o dever legal de manter sigilo sobre o que sabem a respeito de seus clientes, prerrogativa que poderão invocar perante qualquer juízo, cível, criminal, administrativo ou parlamentar, como é o caso da comissão parlamentar de inquérito.

Importante destacar que o fato de o convocado ser detentor do direito ao sigilo profissional **não** o desobriga de comparecer perante a comissão parlamentar de inquérito, para prestar depoimento. O detentor dessa proteção legal - o advogado, por exemplo - está obrigado a comparecer perante as comissões parlamentares de inquérito, quando convocado, mas, durante o seu interrogatório, caso lhe sejam feitas perguntas cujas respostas afrontariam o sigilo profissional, poderá invocá-lo, permanecendo em silêncio.

Também é direito do depoente ser assistido por advogado em seus depoimentos nas sessões de CPI. Assim, seja na condição de investigado, seja na condição de testemunha, os depoentes poderão se orientar com seus advogados durante as sessões, antes de responderem às indagações dos parlamentares. Logo, não poderão as comissões parlamentares de inquérito impedir que os depoentes façam-se acompanhar de seus advogados, tampouco impedir,

[20] HC 79.589/DF, rei. Min. Octávio Gallotti, 05.04.2000.

dificultar ou frustrar o exercício, pelo advogado, das suas prerrogativas profissionais, dentre as quais a de se comunicar com seus clientes durante as sessões de depoimento.

Em consonância com essas garantias dos depoentes, tem afirmado o Supremo Tribunal Federal que "aquele que, numa CPI, ao ser interrogado, for injustamente atingido em sua honra ou imagem, poderá pleitear judicialmente indenização por danos morais ou materiais, neste último caso, se tiver sofrido prejuízo financeiro em decorrência de sua exposição pública, tudo com suporte no disposto na Constituição Federal, em seu art. 5º, X".[21]

Vale lembrar, ainda, que os depoentes podem, a qualquer momento, recorrer ao Poder Judiciário, se entenderem que seus direitos estão sendo violados pelas comissões parlamentares de inquérito. Nesse caso, se se tratar de uma CPI federal, e o paciente optar pelas ações de mandado de segurança ou *habeas corpus*, deverão elas ser ajuizadas diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, pois cabe a esse Tribunal processar e julgar, originariamente, tais remédios constitucionais quando impetrados contra atos praticados pelo Congresso Nacional, suas Casas e, também, por seus órgãos, como é o caso das comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 102, I, "i").

Por fim, vale lembrar que os trabalhos da comissão parlamentar de inquérito têm caráter meramente inquisitório, de preparação para a futura acusação, a cargo do Ministério Público, razão pela qual **não** é assegurado aos depoentes o direito ao contraditório na fase da investigação parlamentar.

4.2.1.4. Competência

Conforme vimos, o texto constitucional outorgou às comissões parlamentares de inquérito poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, para o bom desempenho da função fiscalizatória própria do Poder Legislativo.

São amplos os poderes de investigação das comissões parlamentares. Ressalvadas as medidas restritivas de direito protegidas pela cláusula de "reserva de jurisdição", que só podem ser determinadas pelos membros do Poder Judiciário, a investigação parlamentar dispõe de importantes instrumentos para a concretização da sua missão constitucional de fiscalização de fatos de interesse público.

Diante do silêncio do texto da Constituição da República, no tocante ao delineamento específico das competências das comissões parlamentares de inquérito, coube à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixar os

[21] HC 94.082, rei. Min. Celso de Mello, 14.03.2008.

precisos limites da investigação parlamentar, diante de cada caso concreto submetido à sua apreciação, nos termos a seguir examinados.

As comissões parlamentares de inquérito podem **convocar particulares e autoridades públicas para depor,** na condição de testemunhas ou como investigados.

Note-se que o poder de convocação das comissões parlamentares de inquérito alcança não só autoridades públicas, inclusive Ministro de Estado e membros do Ministério Público, mas também quaisquer particulares.

Na execução dessa medida, as comissões parlamentares poderão, se necessário, utilizar da polícia judiciária para localizar testemunha cujo endereço seja desconhecido, para o fim de proceder à intimação. Poderão, ainda, determinar a condução coercitiva da testemunha, no caso de recusa ao comparecimento.

O poder de condução coercitiva exercido pelas comissões parlamentares de inquérito, porém, **não** alcança o convocado na condição de investigado, em respeito ao princípio da não auto-incriminação.[22]

Podem, também, **determinar as diligências, as perícias e os exames** que entenderem necessários, bem como requisitar informações e buscar todos os meios de prova legalmente admitidos.

Na obtenção de documentos e informações necessárias à comprovação do fato investigado, poderão as comissões determinar a busca e apreensão de documentos, desde que essa medida **não** implique violação do domicílio das pessoas, porquanto a busca e apreensão domiciliar é medida da competência exclusiva do Poder Judiciário, em razão da reserva de jurisdição constitucionalmente estabelecida (art. 5.°, inciso XI).

As comissões parlamentares de inquérito podem, ainda, **determinar a quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico do investigado.**

Cabe ressaltar que a quebra do sigilo telefônico não se confunde com a interceptação das comunicações telefônicas.

A quebra do sigilo telefônico incide sobre os **registros** telefônicos da pessoa. Determinar a quebra do sigilo telefônico implica afastar a inviolabilidade dos registros pertinentes às comunicações telefônicas pretéritas, já realizadas pela pessoa, e que são armazenados pela companhia telefônica, tais como: data da chamada telefônica, horário da chamada, número do telefone chamado, duração do uso, valor da chamada etc. Na realidade, os dados obtidos por meio da quebra do sigilo telefônico são aqueles constantes das denominadas "contas telefônicas" do assinante da linha telefônica. Esses dados integram a ampla garantia da privacidade do indivíduo, prevista no art. 5.°, inciso X,

[22] HC 83.703/SP, rei. Min. Marco Aurélio, 18.12.2003.

da Constituição Federal. A quebra desse sigilo pode ser determinada pelas comissões parlamentares de inquérito.

A interceptação das comunicações telefônicas ("escuta") incide sobre o **conteúdo** da conversa, vale dizer, é medida que corresponde à gravação, pela autoridade policial competente, do conteúdo da conversa, no momento em que ela ocorre. Determinar a interceptação telefônica é autorizar a autoridade policial competente a gravar o conteúdo da conversa, para posterior degravação e utilização como prova em determinado processo criminal. As comunicações telefônicas **não** podem ser violadas por determinação das comissões parlamentares de inquérito, haja vista que o art. 5.°, inciso XII, da Constituição Federal só permite a sua violação por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal. Cuida-se, portanto, de medida abrangida pela cláusula de "reserva de jurisdição", que só pode ser determinada por ordem judicial.

Cabe ressaltar que todas as decisões proferidas pelas comissões parlamentares de inquérito que impliquem restrição de direito - tais como a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico - só serão legítimas se forem pertinentes e imprescindíveis à investigação, devidamente fundamentadas, limitadas no tempo e tomadas pela maioria absoluta de seus membros.[23]

Assim, a comissão parlamentar tem a obrigação de motivar todas as suas decisões que impliquem restrição de direito, comprovando a pertinência temática e a imprescindibilidade da medida excepcional para a investigação, sob pena de absoluta nulidade do seu ato. Deverá, ainda, indicar o lapso temporal alcançado pela medida, isto é, durante que período incidirá a violação do sigilo (quebra do sigilo bancário relativamente aos dois últimos anos, por exemplo). A decisão, com o atendimento de todos esses requisitos, deverá ser tomada obedecendo-se ao princípio da **colegialidade,** isto é, a medida só poderá ser adotada por deliberação da maioria absoluta dos membros da comissão parlamentar (e não isoladamente, pelo seu presidente, por exemplo).

Por fim, sob o fundamento de que a regra do § 3.° do art. 58 da Constituição Federal, à luz do princípio federativo, é extensível aos estados-membros, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que as comissões parlamentares estaduais dispõem de competência para determinar a quebra do sigilo bancário.[24]

Ao firmar esse entendimento, a Corte deixou assente que a quebra do sigilo bancário é instrumento inerente e fundamental ao exercício da investigação parlamentar e que, tendo em conta a semelhança entre as CPIs federais e as estaduais, impedir que esse instrumento fosse utilizado pelos legislativos

[23] MS 25.966, rei. Min. Cezar Peluso, 18.05.2006.
[24] ACO 730/RJ, rei. Min. Joaquim Barbosa, 22.09.2004.

estaduais implicaria a criação de "elemento adicional de apoucamento das já institucionalmente fragilizadas unidades integrantes da Federação."

Com fundamento nessa orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, de que as comissões parlamentares de inquérito estaduais podem determinar a quebra do sigilo bancário, e em outros vários julgados do Tribunal, nos quais tem sido reiteradamente enfatizado que o art. 58, § 3.°, da Constituição Federal é, por força do federalismo, norma extensível aos demais entes federados, concluímos que, na realidade, todas as orientações firmadas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da atuação e poderes das comissões parlamentares de inquérito das Casas do Congresso Nacional são, também, aplicáveis às CPIs criadas no âmbito dos Legislativos dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

4.2.1.5. Incompetência

Os poderes de investigação das comissões parlamentares de inquérito não são absolutos. Eles encontram limites, sobretudo, na cláusula "reserva de jurisdição" que, segundo a sedimentada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reserva a competência para a prática de certas medidas exclusivamente aos membros do Poder Judiciário, conforme abaixo expendemos.

As comissões parlamentares de inquérito não podem **determinar qualquer espécie de prisão, ressalvada a possibilidade de prisão em flagrante.**

As comissões parlamentares de inquérito não dispõem de competência para decretar as prisões temporárias, preventivas ou quaisquer outras hipóteses, salvo as prisões em flagrante delito, pois a Constituição Federal reservou essa prerrogativa exclusivamente ao Poder Judiciário.

Lembramos que, na realidade, a competência para determinar a prisão diante de flagrante delito não é, propriamente, uma prerrogativa das comissões parlamentares, mas sim de qualquer pessoa do povo, isto é, a prisão em flagrante pode ser realizada, em tese, por qualquer pessoa, sem exigência de qualificação especial. Teoricamente, portanto, quando um membro de comissão parlamentar de inquérito determina a prisão de um investigado diante da ocorrência de suposto flagrante delito, normalmente por falso testemunho,[25] ele não está atuando na condição de parlamentar, nem na condição de integrante da comissão, mas sim como mero cidadão, ao amparo do Código de Processo Penal, que faculta a qualquer do povo determinar a prisão nessa situação.

As comissões parlamentares de inquérito não podem, também, **determinar medidas cautelares de ordem penal ou civil,** haja vista que o poder geral de

[25] Lembramos que a prisão por falso testemunho, determinada por membro de CPI, não será legítima se recair sobre o investigado, tampouco sobre depoente que tenha deixado de revelar fatos que possam incriminá-lo, pois, nessas hipóteses, há incidência do direito constitucional ao silêncio, tornando a prisão inválida.

cautela é exclusivo dos membros do Poder Judiciário, no exercício de sua atividade jurisdicional (e manifestado mediante a prolação das mais diversas decisões de natureza cautelar, mesmo que não expressamente previstas, tais como liminares, antecipação de tutela etc).

As medidas cautelares - de que são exemplos as prisões preventivas e temporárias, a indisponibilidade de bens, o arresto, o seqüestro, a hipoteca judiciária, a proibição de ausentar-se do país ou da comarca etc. -, que visam a garantir a eficácia de ulterior responsabilização do investigado em decorrência de sentença condenatória, são protegidas pela "reserva de jurisdição", vale dizer, só podem ser determinadas pelo Poder Judiciário.

As comissões parlamentares não podem **determinar a busca e apreensão domiciliar de documentos,** haja vista que, em respeito à inviolabilidade constitucional do domicílio (art. 5.°, inciso XI), essa medida só poderá ser determinada por ordem judicial.

Vale lembrar, ainda, que as comissões parlamentares de inquérito não podem **autorizar a interceptação das comunicações telefônicas** ("escuta"). Deveras, essa excepcional medida só pode ser determinada por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nos estritos termos do art. 5.°, inciso XII, da Constituição da República.

Pelo até aqui exposto, verifica-se que o papel das comissões parlamentares de inquérito é o de **investigação.** Não dispõem elas de competência para processar e julgar os investigados, com o fim de apurar a sua responsabilidade civil ou penal. Não lhes cabe, sequer, o papel de acusar os investigados, por meio da formulação da competente denúncia. Sua função é somente investigar, produzir provas acerca do fato determinado que fundamentou a sua criação. Vale dizer, CPI não acusa, não processa, não julga, não condena, não impõe pena!

Com efeito, o papel da comissão parlamentar esgota-se na elaboração do relatório final da investigação. Concluídas as investigações, se forem apurados ilícitos, o relatório será encaminhado ao Ministério Público, para que este promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores. Evidentemente, o relatório poderá também, se for o caso, ser encaminhado a outros órgãos de Estado (à Secretaria da Receita Federal do Brasil ou ao Tribunal de Contas da União, por exemplo), para a adoção de providências de sua alçada, no tocante à responsabilização dos infratores.

Por fim, destacamos que, no intuito de conferir maior efetividade às ações resultantes das investigações realizadas pelas comissões parlamentares de inquérito das Casas do Congresso Nacional, foi editada a Lei n.° 10.001, de 04.09.2000, que dispõe sobre a prioridade nos procedimentos a serem adotados pelo Ministério Público e por outros órgãos a respeito das conclusões das comissões parlamentares de inquérito.

Essa lei estabelece, dentre outros aspectos, que os Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional encaminharão o relatório da comissão parlamentar de inquérito respectiva, e a resolução que o aprovar, aos chefes do Ministério Público da União ou dos estados, ou ainda às autoridades administrativas ou judiciais com poder de decisão, conforme o caso, para a prática de atos de sua competência.

Por sua vez, a autoridade a quem for encaminhado o relatório de conclusão da investigação da comissão parlamentar de inquérito informará ao presidente da Casa Legislativa, no prazo de trinta dias, as providências adotadas ou a justificativa pela omissão, sob pena de sanções administrativas, civis e penais.

A citada lei estabelece, ainda, que o processo ou procedimento instaurado em decorrência do relatório da comissão parlamentar de inquérito terá prioridade sobre qualquer outro, exceto sobre aquele relativo a pedido de *habeas corpus, habeas data* e mandado de segurança.

4.2.1.6. Controle judicial

A atuação das comissões parlamentares de inquérito submete-se à fiscalização do Poder Judiciário, sempre que qualquer pessoa invoque a proteção deste, diante de lesão ou ameaça a direito que entenda existir.

Em se tratando de comissão de inquérito das Casas do Congresso Nacional, o foro para o ajuizamento dos remédios constitucionais mandado de segurança e *habeas corpus* é o Supremo Tribunal Federal, pois cabe à Corte Maior apreciar, originariamente, essas ações quando impetradas contra atos do Congresso Nacional, de suas Casas e seus respectivos órgãos, como são as comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 102, I, "i").

O controle judicial da atuação das CPIs, nos últimos tempos, tem sido freqüentemente provocado, e não são raras as decisões judiciais invalidando atos por elas praticados, ou, preventivamente, assegurando o exercício de direitos constitucionalmente positivados, como o direito ao silêncio, a pessoas convocadas para depor.

Acerca do tema - controle judicial da atuação das CPIs -, faz-se oportuno registrar estas precisas palavras do Ministro Celso de Mello, relator no MS 24.83l/DF, julgado em 22.06.2005:

> A ocorrência de desvios jurídico-constitucionais nos quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito justifica, plenamente, o exercício, pelo Judiciário, da atividade de controle jurisdicional sobre eventuais abusos legislativos (RTJ 173/805-810, 806), sem que isso caracterize situação de ilegítima interferência na esfera orgânica de outro Poder da República.

De outro aresto, no qual Celso de Mello também foi o relator, merece extração esta bela passagem (MS 23.452/RJ, julgado em 16.09.1999):

> O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de Poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória.

Nessa esteira, conforme acima afirmado, a Corte Constitucional tem, amiúde, exercido efetivo controle sobre a atuação abusiva de CPIs, cabendo mencionar, como causas especialmente recorrentes de invalidação de atos, a ausência de motivação e a falta de razoabilidade. São situações em que as CPIs convocam pessoas para depor sem qualquer comprovação da pertinência temática (pessoas que não possuem nenhum nexo comprovado com os fatos investigados), ou determinam quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico sem demonstração da sua imprescindibilidade para as investigações, ou determinam arbitrariamente a prisão de investigado ou testemunha, dentre outras. Em todos esses casos, o Poder Judiciário, quando provocado, pode e deve invalidar a atuação arbitrária da CPI, sem que isso possa ser considerado ofensa ao princípio da separação dos poderes ou ingerência de um Poder em atos *interna corporis* de outro Poder (a atuação da CPI, embora seja uma atuação político-jurídica, não é assunto interno do Poder Legislativo, mas sim exercício da atribuição constitucional de fiscalização, típica deste Poder, de interesse de toda a sociedade e sujeita aos mais amplos mecanismos de controle, como é próprio de atividades dessa ordem).

4.2.1.7. Publicidade

Conforme vimos, as comissões parlamentares de inquérito dispõem de amplos poderes de acesso a documentos e informações sigilosos, especialmente quando determinam a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico.

A violação dos dados sigilosos visa a assegurar êxito à investigação, sempre que essas medidas excepcionais se mostrarem imprescindíveis à comprovação dos fatos. Obtidos os dados sigilosos, poderão eles ser licitamente utilizados pela comissão parlamentar para a elaboração do relatório final dos seus trabalhos, bem como para a realização das comunicações destinadas ao Ministério Público ou a outros órgãos do Poder Público, para os fins a que se refere o art. 58, § 3.°, da Constituição (promoção da responsabilidade civil ou criminal dos infratores).

Entretanto, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a comissão parlamentar e seus respectivos membros não poderão conferir publicidade indevida aos dados sigilosos obtidos em razão das investigações de sua competência. É que, conforme tem reiteradamente enfatizado o STF, o acesso a dados sigilosos por parte das comissões parlamentares de inquérito é medida excepcional, autorizada nos exatos limites da necessidade de esclarecimento dos fatos investigados, de modo que à autoridade que a decrete impõe-se o dever jurídico de manter íntegros os dados sigilosos, em relação às pessoas destituídas de interesse jurídico no teor dos dados e no desenvolvimento da investigação ou do processo.

Assim, como depositária legal dos dados sigilosos, a comissão parlamentar não os pode desvelar nem revelar a outrem, de modo direto nem indireto, em sessão pública, violando-lhes o segredo que remanesce para todas as demais pessoas estranhas aos fatos objeto da investigação, mas poderá, como é óbvio, deles usar e dispor sem restrições, em sessão reservada, cuja presença seja limitada a seus membros, ao ora impetrante e a seu defensor.[26]

Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal tem deixado assente em seus julgados que constitui conduta altamente censurável - com todas as conseqüências jurídicas (inclusive aquelas de ordem penal) que dela possam resultar - a transgressão, por qualquer membro de uma comissão parlamentar de inquérito, do dever jurídico de respeitar e de preservar o sigilo concernente aos dados a ela transmitidos.

4.3. Plenário

O Plenário é o órgão de deliberação máxima de cada Casa Legislativa, composto por todos os parlamentares que a integram.[27]

MS 23.452/RJ, rei. Min. Celso de Mello, 16.09.1999.

Atualmente, a Câmara dos Deputados é composta por 513 deputados e o Senado Federal por 81 senadores.

5. REUNIÕES

O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1.° de agosto a 22 de dezembro.[28]

Esse período em que ordinariamente o Congresso Nacional se reúne recebe a denominação de sessão legislativa ordinária (SLO). Cada sessão legislativa ordinária é composta de dois períodos legislativos, um em cada semestre (2/2 a 17/7 e 1.78 a 22/12). Os intervalos entre os períodos legislativos são chamados de *períodos de recesso parlamentar*.

Cada legislatura tem a duração de quatro anos, compreendendo quatro sessões legislativas ordinárias ou oito períodos legislativos.

O conceito de legislatura não deve ser confundido com o de sessão legislativa. Sessão legislativa é o período anual de trabalho das Casas do Poder Legislativo. Legislatura é o período quadrienal em que ocorre mudança da composição das Casas Legislativas, por meio de novas eleições. Como a legislatura tem a duração de quatro anos, diz-se que ela corresponde a quatro sessões legislativas ordinárias. Mas, juridicamente, são conceitos distintos: um ligado ao período de trabalho das Casas Legislativas, outro ligado à mudança da composição dessas Casas.

Determina a Constituição que a sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias - LDO (art. 57, § 2.°). Como o texto constitucional impõe a aprovação e devolução do projeto de lei de diretrizes orçamentárias para sanção do Presidente da República até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa (ADCT, art. 35, § 2.°, II), temos que, se até 17 de julho ele não for aprovado, a sessão legislativa será automaticamente prorrogada, até que ocorra a referida aprovação. Note-se que se o projeto de lei não for aprovado até o mês de agosto, não haverá recesso no mês de julho, mas sim continuidade da sessão legislativa ordinária neste período.

Durante os períodos de recesso, a Constituição prevê a possibilidade de convocação extraordinária do Congresso Nacional, hipótese em que temos a denominada sessão legislativa extraordinária (SLE).

A convocação extraordinária do Congresso Nacional poderá ser efetivada, a depender da hipótese autorizadora, pelo Presidente da República, pelo Presidente do Senado Federal, pelo Presidente da Câmara dos Deputados ou a requerimento da maioria dos membros de ambas as Casas Legislativas (CF, art. 57, § 6.°).

[28] As reuniões marcadas para essas datas serão transferidas para o primeiro dia útil subseqüente, quando recaírem em sábados, domingos ou feriados (CF, art. 57, § 1.°).

O Presidente do Senado Federal poderá convocar extraordinariamente o Congresso Nacional nas hipóteses de decretação de estado de defesa ou de intervenção federal, de pedido de autorização para a decretação de estado de sítio e para o compromisso e a posse do Presidente e do Vice-Presidente da República.

Em caso de urgência ou interesse público, a convocação poderá ser feita pelo Presidente da República, pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ou a requerimento da maioria dos membros de ambas as Casas, mas, nestas hipóteses, a convocação dependerá de aprovação da maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

Note-se que somente a convocação feita pelo Presidente do Senado Federal tem a força de, por si, forçar a reunião extraordinária do Congresso Nacional, haja vista que sua manifestação de vontade não dependerá de aprovação da maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional. As convocações realizadas pelos demais legitimados dependerão de aprovação da maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

Determina a Constituição que na sessão legislativa extraordinária o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado (CF, art. 57, § 7.°). Essa regra, porém, não impede a apreciação de matérias variadas, constantes de medidas provisórias em vigor na data da convocação. Isso porque, se houver medidas provisórias em vigor na data de convocação extraordinária do Congresso Nacional, serão elas automaticamente incluídas na pauta da convocação, independentemente da matéria por elas disciplinada (art. 57, § 8.°). Portanto, ainda que o motivo invocado para a convocação extraordinária do Congresso Nacional seja outro, absolutamente distinto, as medidas provisórias em vigor na data da convocação deverão ser, obrigatoriamente, incluídas na pauta.

Não há mais nenhum pagamento extra para os parlamentares em razão da convocação extraordinária do Congresso Nacional. Em resposta ao clamor popular, o legislador constituinte derivado incluiu disposição expressa no texto constitucional, vedando o pagamento de parcela indenizatória em razão da convocação extraordinária (art. 57, § 7.°, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.° 50, de 2006). Os pagamentos extras, que eram conhecidos como *jetons*, não mais existem. Atualmente, portanto, durante a sessão legislativa extraordinária os parlamentares só recebem os seus subsídios, pura e simplesmente, tal como os recebem durante os trabalhos da sessão legislativa ordinária, e tal como os receberiam durante o recesso.

No primeiro ano da legislatura, os trabalhos das Casas Legislativas começam mais cedo, em 1.° de fevereiro, com as sessões preparatórias, para a posse de seus membros e a eleição das respectivas Mesas. As sessões preparatórias ocorrem nas duas Casas Legislativas e, na prática, já integram a sessão legislativa ordinária.

Vimos que, normalmente, os períodos de recesso parlamentar são de 18 a 31 de julho e de 23 de dezembro a 1.° de fevereiro, ressalvada a prorrogação da sessão legislativa ordinária em virtude da não-aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias. Mas, em razão da reunião das Casas para as sessões preparatórias, no primeiro ano da legislatura o recesso termina em 31 de janeiro.

Vale lembrar que durante os períodos de recesso funciona a Comissão Mista Representativa do Congresso Nacional, que, porém, não dispõe de competência legislativa, mas sim de preservar as competências do Congresso Nacional e representá-lo oficialmente, na forma estabelecida no regimento comum (CF, art. 58, § 4.°).

6. ATRIBUIÇÕES

6.1. Atribuições do Congresso Nacional

O Congresso Nacional é o órgão legislativo federal, cabendo a ele, nos termos do *caput* do art. 48 da Constituição Federal, dispor sobre todas as matérias de competência da União.

Dito isso, o legislador constituinte arrolou, em caráter meramente exemplificativo, as atribuições do Congresso Nacional, nos incisos dos arts. 48 e 49 da Constituição, nos termos seguintes:

> Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:
>
> I - sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas;
>
> II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;
>
> III - fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas;
>
> IV - planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;
>
> V - limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União;
>
> VI - incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembléias Legislativas;
>
> VII - transferência temporária da sede do Governo Federal;

VIII - concessão de anistia;

IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal;

X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, *b;*

XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública;

XII - telecomunicações e radiodifusão;

XIII - matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;

XIV - moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal;

XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4.°; 150, II; 153, III; e 153, § 2.°, I.

Art. 49. E da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;

III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;

IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

VI - mudar temporariamente sua sede;

VII - fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4.°, 150, II, 153, III, e 153, § 2.°, I;

VIII - fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4.°, 150, II, 153, III, e 153, § 2.°, I;

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;

XII - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;

XIII - escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União;

XIV - aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares;

XV - autorizar referendo e convocar plebiscito;

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

XVII - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

As matérias do art. 48 deverão ser disciplinadas por meio de lei (ordinária ou complementar, conforme o caso), haja vista que, em relação a elas, o texto constitucional exige a sanção do Presidente da República. Com efeito, como as leis ordinárias e complementares são as únicas espécies do processo legislativo federal que, depois de aprovadas pelo Congresso Nacional, submetem-se à sanção do Presidente da República, conclui-se que as matérias enumeradas nos incisos do art. 48 da Constituição só poderão ser disciplinadas por essas espécies normativas (no caso das matérias que possam ser disciplinadas mediante lei ordinária poderá, evidentemente, ser utilizada a medida provisória, desde que não se trate de matéria vedada a esta espécie normativa; se a medida provisória, no Congresso Nacional, sofrer alterações em seu texto, o resultante projeto de lei de conversão deverá, igualmente, depois de aprovado em ambas as Casas do Congresso Nacional, ser submetido à sanção do Presidente da República).

No tocante às matérias arroladas no art. 49 da Constituição a conclusão é distinta, porque o *caput* desse dispositivo implicitamente dispensa a sanção do Presidente da República, o que induz à conclusão de que elas deverão ser reguladas por meio de **decreto legislativo.** Com efeito, o decreto legislativo é ato de competência exclusiva do Congresso Nacional, aprovado pelas duas Casas Legislativas, por deliberação de maioria simples, promulgado pelo presidente da Mesa do Congresso Nacional e que **não** se submete à sanção ou veto do Presidente da República.

Por fim, vale lembrar que o Congresso Nacional, por ser o Poder Legislativo nacional, edita não só normas em nome do ente federado central (União), mas também normas que vinculam todos os entes federados.

Assim, situações há em que o Congresso Nacional atua como legislador federal, restritamente, isto é, edita normas que só alcançam os órgãos, entidades e agentes federais. É o que ocorre, por exemplo, quando o Congresso Nacional edita uma lei versando sobre regime jurídico dos servidores públicos federais, ou quando edita uma lei que estabeleça a hipótese de incidência de um tributo federal, como uma contribuição de intervenção no domínio econômico. Diz-se, nesses casos, que o Congresso Nacional está editando *leis federais* (em sentido estrito), vale dizer, leis que somente dizem respeito à pessoa jurídica União.

Mas o Congresso Nacional atua, também, como legislador nacional, quando edita leis que vinculam todos os entes federados. Por exemplo, quando o Congresso Nacional produz uma lei de normas gerais no desempenho da competência concorrente (CF, art. 24, § 1.º), tal norma obriga todos os entes federados, que não poderão contrariá-la, sob pena de inconstitucionalidade. Ainda exemplificando, no uso da competência para editar lei que veicule normas gerais de licitações e contratos administrativos (CF, art. 22, inciso XXVII) ou da competência para editar lei que contenha normas gerais sobre concessão e permissão de serviços públicos (CF, art. 175, parágrafo único), o Congresso Nacional está atuando como legislador nacional, pois essas leis obrigam todos os entes federados. Nessas situações, costuma-se dizer que houve a edição de *leis nacionais* (em contraposição às *leis federais* em sentido estrito, que só se aplicam ao ente federado União).

Vale lembrar, ainda, uma terceira atuação do Congresso Nacional, como *poder constituinte derivado reformador*, quando modifica a Constituição Federal por meio da elaboração de emendas constitucionais, segundo os processos constitucionais de revisão (ADCT, art. 3.º) ou reforma (CF, art. 60), casos em que, evidentemente, há vinculação de todos os entes federados.

6.2. Atribuições da Câmara dos Deputados

As matérias da competência privativa da Câmara dos Deputados estão enumeradas no art. 51 da Constituição, nos termos seguintes:

> Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:
>
> I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

> II - proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa;
>
> III - elaborar seu regimento interno;
>
> IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;
>
> V - eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

Afirmar que essas matérias são da competência privativa da Câmara dos Deputados significa dizer que serão elas disciplinadas por **resolução** dessa Casa Legislativa, promulgada pelo presidente de sua Mesa, sem nenhuma interferência do Senado Federal ou do Presidente da República.

Há, porém, uma exceção a essa regra. De fato, dispõe o inciso IV do art. 51 da Constituição que compete privativamente à Câmara dos Deputados "a **iniciativa de lei** para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias". Desse modo, a Câmara dos Deputados **não** mais dispõe de competência para a fixação da remuneração dos cargos, empregos e funções de seus serviços por meio de resolução. A Casa Legislativa tem, apenas, a **iniciativa de lei** sobre essa matéria, isto é, compete privativamente a ela apresentar o respectivo projeto de lei, mas este deverá, depois de aprovado pelas duas Casas Legislativas, ser submetido à sanção ou veto do Presidente da República.

Essa importante modificação - exigência de **lei** para a fixação da remuneração dos servidores da Câmara dos Deputados - foi introduzida pela Emenda Constitucional n.° 19/1998, que retirou dela a competência privativa para fixar, por resolução própria, a remuneração dos seus cargos, empregos e funções públicos.

Por último, duas observações importantes acerca do inciso I do art. 51 da Constituição, que estabelece a competência privativa da Câmara dos Deputados para autorizar a instauração de processo contra Ministros de Estado, Presidente e Vice-Presidente da República.

A primeira observação diz respeito, especificamente, à exigência de autorização da Câmara dos Deputados para formação de processo contra os **Ministros de Estado.** Embora a Constituição não o tenha textualmente estabelecido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que essa necessidade de autorização da Câmara dos Deputados, no tocante aos Ministros de Estado, restringe-se aos crimes comuns e de

responsabilidade conexos com os da mesma natureza imputados ao Presidente da República.[29]

Significa dizer que só há que se falar em exigência de autorização prévia da Câmara dos Deputados, no tocante aos Ministros de Estado, se o crime a eles imputado, comum ou de responsabilidade, guardar conexão com delito da mesma natureza imputado ao Presidente da República. Inexistindo essa conexão, se os crimes de responsabilidade forem autônomos, não-conexos com infrações da mesma natureza do Presidente da República, os Ministros serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, sem necessidade de autorização prévia da Câmara dos Deputados.

A segunda observação diz respeito à natureza jurídica da autorização da Câmara dos Deputados em relação aos órgãos julgadores.

Sabemos que, após autorização da Câmara dos Deputados, o Presidente da República irá a julgamento perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade, ou perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns (CF, art. 86). Diferentemente, os Ministros de Estado são julgados pelo Supremo Tribunal Federal tanto nos crimes comuns quando nos crimes de responsabilidade (CF, art. 102, I, c), salvo se estes últimos guardarem conexão com delito praticado pelo Presidente da República, hipótese em que a competência para o julgamento desloca-se para o Senado Federal (CF, art. 52, I).

A questão, então, é saber se a autorização da Câmara dos Deputados obriga os órgãos julgadores. Se houver autorização da Câmara dos Deputados, o Senado Federal estará obrigado a instaurar o processo de julgamento dos crimes de responsabilidade? Ou, diversamente, mesmo com a autorização da Câmara dos Deputados, o Senado teria discricionariedade para decidir se julga ou não julga a autoridade? A autorização da Câmara dos Deputados impõe ao Supremo Tribunal Federal a obrigação de aceitar a denúncia ou queixa-crime contra a autoridade?

No tocante ao julgamento de competência do Senado Federal, o entendimento é de que a autorização da Câmara dos Deputados obriga a instauração do processo para apuração dos crimes de responsabilidade. Uma vez admitida a acusação pela Câmara dos Deputados, não cabe ao Senado Federal emitir novo juízo, furtando-se ao julgamento da autoridade. Portanto, se houver autorização prévia da Câmara dos Deputados, é certo que o Senado Federal procederá ao julgamento da autoridade pelo crime de responsabilidade.

O mesmo não ocorre, porém, com os julgamentos de competência do Supremo Tribunal Federal. Mesmo havendo autorização da Câmara dos Deputados, o Tribunal Excelso não estará obrigado a proceder ao julgamento da autoridade. Admitida a acusação pela Câmara dos Deputados,

[29] QCRQO 427/DF, rei. Min. Moreira Alves, 14.03.1990.

nada impede que o Supremo Tribunal Federal determine o arquivamento da denúncia ou queixa-crime, se entender que não há elementos suficientes para a instauração do processo.

6.3. Atribuições do Senado Federal

As competências privativas do Senado Federal estão enumeradas no art. 52 da Constituição Federal, nos termos seguintes:

> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
>
> I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;
>
> II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;
>
> III - aprovar previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de:
>
> a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;
>
> b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;
>
> c) Governador de Território;
>
> d) Presidente e diretores do banco central;
>
> e) Procurador-Geral da República;
>
> f) titulares de outros cargos que a lei determinar;
>
> IV - aprovar previamente, por voto secreto, após argüição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente;
>
> V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;
>
> VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
>
> VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;

> **VIII** - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;
>
> IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
>
> X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;
>
> XI - aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do termino de seu mandato;
>
> XII - elaborar seu regimento interno;
>
> XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;
>
> XIV - eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, Vil;
>
> XV - avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios.
>
> Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Essas matérias da competência privativa do Senado Federal são disciplinadas por **resolução** dessa Casa Legislativa, promulgada pelo presidente de sua Mesa, sem nenhuma interferência da Câmara dos Deputados ou do Presidente da República.

Porém, assim como vimos em relação à Câmara dos Deputados, o Senado Federal não mais dispõe de competência para fixar, por resolução própria, a remuneração dos seus cargos, empregos e funções públicos. O Senado Federal dispõe, apenas, da **iniciativa de lei** sobre essa matéria, isto é, compete privativamente ao Senado Federal apresentar o respectivo projeto de lei, mas este deverá, depois de aprovado pelas duas Casas Legislativas, ser submetido à sanção ou veto do Presidente da República (art. 52, **XIII).**

Essa importante modificação - exigência de **lei** para a fixação da remuneração dos servidores do Senado Federal - foi introduzida pela Emenda Constitucional n.° 19/1998, que retirou dessa Casa a competência privativa para fixar, por resolução própria, a remuneração dos seus cargos, empregos e funções públicos.

Quando o Senado Federal julga as autoridades enumeradas nos incisos I e II do art. 52 da Constituição, temos o denominado processo de *impeachment,* situação em que o Senado Federal, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, atuará como verdadeiro "tribunal político".

O *impeachment* nada mais é do que o impedimento da autoridade para o exercício do cargo ou mandato, em razão da prática de crime de responsabilidade. Além da perda do mandato, que só poderá ser imposta por deliberação de dois terços dos membros do Senado Federal, a condenação impõe a inabilitação, por oito anos, para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis (CF, art. 52, parágrafo único).

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a renúncia ao cargo, apresentada na sessão de julgamento, não paralisa o processo de *impeachment?*[0] Segundo a Corte Maior, a renúncia não faz cessar a jurisdição do Senado Federal para prosseguir no julgamento do processo de *impeachment* porque, embora uma das penas cominadas - a perda do cargo - realmente não mais tenha como ser aplicada, a outra pena - inabilitação para o exercício de funções públicas por oito anos - poderá ser aplicada sem qualquer óbice, desde que procedente a denúncia e condenada a autoridade.

Destacamos que o art. 52, inciso II, da Constituição Federal, ao prever a possibilidade de o Senado Federal julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade, consagra uma situação excepcional no âmbito do sistema dos freios e contrapesos, em que um membro do Poder Judiciário é julgado pelo Poder Legislativo. Essa hipótese representa, também, uma ressalva à vitaliciedade dos magistrados (CF, art. 95, I), haja vista que eventual condenação imposta pelo Senado Federal a Ministro do Supremo Tribunal Federal implicará o *impeachment* deste para o exercício do cargo. Constitui, outrossim, uma ressalva à vitaliciedade dos magistrados e dos integrantes do Ministério Público que atuam como membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, pois estes também podem perder seus cargos em decorrência de condenação, no Senado Federal, pela prática de crime de responsabilidade.

Por fim, ressaltamos que as iniciativas privativas reservadas às Casas do Congresso Nacional para iniciar o processo legislativo de elaboração das leis

[30] MS 21.689/DF, rei. Min. Carlos Velloso, 16.12.1993.

(arts. 51, IV, parte final, e 52, XIII, parte final) não podem ser confundidas com a competência privativa das mesmas Casas para o tratamento das matérias que lhes são próprias, enumeradas em todos os incisos dos citados arts. 51 e 52 da Constituição. Nas hipóteses de iniciativa privativa de lei (arts. 51, IV, parte final, e 52, XIII, parte final), as Casas Legislativas dispõem, apenas, do poder de apresentar o projeto de lei sobre a respectiva matéria, devendo esta ser disciplinada em texto de lei, sujeitando-se, portanto, à sanção ou veto do chefe do Executivo. Ao contrário, nas hipóteses de competência privativa para tratar das matérias de seu interesse (incisos dos arts. 51 e 52), a Casa Legislativa o fará por meio da aprovação de resoluções, ato legislativo que não se submete à sanção ou veto do chefe do Executivo.

O mesmo ocorre em relação à atribuição do Congresso Nacional para dispor, mediante lei, sobre as matérias de competência da União, arroladas no art. 48 da Constituição Federal. Em relação a essas matérias, caberá ao Congresso Nacional, como órgão legislativo federal, discipliná-las por lei, isto é, aprovando o respectivo projeto de lei e submetendo-o à apreciação do chefe do Executivo, para sanção ou veto.

Mas, quem terá a iniciativa de lei sobre essas matérias do art. 48 da Constituição? Bem, o projeto de lei poderá ser apresentado pelos próprios congressistas ou por quaisquer dos demais legitimados para tal (CF, art. 61), exceto no caso de matéria cuja iniciativa tenha sido reservada a certo órgão, hipótese em que o Congresso Nacional só poderá discipliná-la a partir da apresentação do respectivo projeto de lei pelo detentor da iniciativa. Por exemplo, cabe ao Congresso Nacional dispor, por meio de lei, sobre a criação e extinção de Ministérios (art. 48, XI); porém, ele só poderá legislar a partir da apresentação do respectivo projeto de lei pelo Presidente da República, porque essa matéria é de iniciativa privativa do chefe do Executivo (art. 61, § 1.°, inciso II, alínea "e").

6.4. Convocação e pedidos de informação a Ministro de Estado

Conforme vimos, o exercício da função típica fiscalizatória pelo Poder Legislativo materializa-se por meio dos controles político-administrativo e financeiro-orçamentário.

No âmbito do controle político-administrativo, além da investigação por meio das comissões parlamentares de inquérito, estabelece a Constituição a possibilidade de que órgãos do Legislativo convoquem ou solicitem informações a Ministro de Estado ou a quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados ao Presidente da República para prestarem esclarecimentos, pessoalmente ou por escrito, na forma prescrita no art. 50, a seguir transcrito:

> Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada.
>
> § 1.° Os Ministros de Estado poderão comparecer ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, ou a qualquer de suas Comissões, por sua iniciativa e mediante entendimentos com a Mesa respectiva, para expor assunto de relevância de seu Ministério.
>
> § 2.° As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no *caput* deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas.

7. ESTATUTO DOS CONGRESSISTAS

A Constituição Federal estabelece um conjunto de prerrogativas e vedações aos parlamentares, para que o Poder Legislativo e os seus membros, individualmente, tenham condições de atuar com independência e liberdade no desempenho de suas funções constitucionais. Esse conjunto de regras - estabelecido nos arts. 53 a 56 da Constituição - é denominado *Estatuto dos Congressistas.*

Essas prerrogativas não devem ser vistas como privilégios pessoais dos ocupantes dos mandatos eletivos, mas sim como garantias destinadas à proteção da função por eles desempenhada, no intuito de resguardar o seu independente e livre exercício, sem ingerências dos demais Poderes da República. Atuam, por isso, como garantia da independência do Legislativo perante os outros Poderes, afastando, em relação aos parlamentares, o cerceamento da liberdade de pensamento, bem como a possibilidade de abusos, pressões, prisões e processos arbitrários.

Por esse motivo, as prerrogativas parlamentares, incluídas todas as espécies de imunidades, são de ordem pública e **não** admitem renúncia. Assim, ainda que o parlamentar queira abrir mão de suas imunidades, não poderá fazê-lo, pois todas elas são irrenunciáveis. Qualquer ato nesse sentido não produzirá nenhum efeito jurídico, nem perante a Casa Legislativa a que pertença, nem frente ao Poder Judiciário.[31]

Não têm sido raros os parlamentares que, diante de denúncia de irregularidades, discursam afirmando que, em prova de sua inocência, renunciarão a todas as imunidades processuais,

Significam verdadeira condição de independência do Poder Legislativo em face dos demais poderes e garantia da liberdade de pensamento, palavra e opinião, sem a qual inexistirá Poder Legislativo independente e autônomo, que possa representar, com fidelidade e coragem, os interesses do povo e do país (Alexandre de Moraes).

Examinaremos, nos itens seguintes, o conjunto de regras que consubstancia o Estatuto dos Congressistas, a saber: (a) as imunidades, (b) as prerrogativas de foro, de serviço militar, de vencimentos e de isenção do dever de testemunhar e (c) as incompatibilidades.

7.1. Imunidades

As imunidades são prerrogativas, frente ao Direito comum, outorgadas constitucionalmente aos membros do Congresso Nacional, para que eles possam exercer suas funções constitucionais com independência e liberdade de manifestação, por meio de palavras, discussão, debate e votos.

As imunidades parlamentares são tradicionalmente classificadas em: **imunidade material** (também denominada *inviolabilidade material)* e **imunidade formal** (ou *processual).*

7.1.1. Imunidade material

A imunidade material está prevista no *caput* do art. 53 da Constituição, que determina que os deputados e senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras ou votos.

A imunidade material protege o congressista da incriminação civil, penal ou disciplinar em relação aos chamados "crimes de opinião" ou "crimes da palavra", tais como a calúnia, a difamação e a injúria. Trata-se de prerrogativa concedida aos congressistas para o exercício de sua atividade legislativa com ampla liberdade de expressão, fomentando o debate de idéias, a discussão e o voto nas questões de interesse dos seus representados.

A imunidade material exclui a própria natureza delituosa do fato, que, de outro modo, tratando-se do cidadão comum, qualificar-se-ia como crime contra a honra. Opiniões e palavras que, ditas por qualquer pessoa, carac-

para que sejam investigados e incriminados como cidadãos comuns. Trata-se de ato demagógico, sem nenhum respaldo jurídico. Se quisessem mesmo responder às denúncias como cidadãos comuns, sem o benefício de nenhuma prerrogativa parlamentar, seriam obrigados a renunciar aos mandatos. Caso contrário, os parlamentares somente poderão responder como cidadãos comuns após o término de seus mandatos, quando cessam as sua prerrogativas processuais.

terizariam atitude delituosa, assim não se configuram quando pronunciadas por parlamentar.

Em decorrência da imunidade material, não cabe responsabilização penal, civil ou administrativa do congressista por delitos contra a honra, isto é, das manifestações do congressista - opiniões, palavras e votos - não poderá resultar nenhuma responsabilidade, seja na esfera penal, civil, administrativa ou política. Significa, em simples palavras, que sua conduta não será crime, não gerará obrigação de reparar o dano - material ou moral - eventualmente causado e não gerará nenhuma responsabilidade política, administrativa ou disciplinar perante a Casa Legislativa a que pertence.

Ademais, a imunidade material afasta, até mesmo, a possibilidade de pedido de explicações em relação aos congressistas, por meio de interpelação judicial. Isso porque o pedido de explicação tem sempre natureza cautelar, destinando-se a viabilizar o exercício de ulterior ação principal, de natureza cível ou penal. Desse modo, como a imunidade material torna inviável o ajuizamento da ação penal e da ação de indenização civil, ela afeta, também, a possibilidade jurídica de formulação do pedido de explicações, em face da natureza meramente acessória e preparatória de que se reveste tal providência de ordem cautelar.

A imunidade material é absoluta, permanente, de ordem pública. A inviolabilidade é total, haja vista que as palavras e opiniões sustentadas pelo congressista ficam excluídas de ação repressiva ou condenatória, **mesmo depois de extinto o mandato.** Se protegidas pela imunidade material, essas manifestações são lícitas e, portanto, o parlamentar não responderá por elas, não será investigado, incriminado ou responsabilizado, nem mesmo após a cessação do mandato.

Entretanto, a imunidade material só protege os congressistas quando suas manifestações se derem no exercício do mandato. Com efeito, o parlamentar, diante do Direito, pode agir como cidadão comum ou como titular de mandato. Agindo na primeira qualidade, não é coberto pela imunidade material. A inviolabilidade está ligada à idéia de exercício de mandato. Opiniões, palavras e votos proferidos sem nenhuma relação com o desempenho do mandato representativo não são alcançados pela inviolabilidade. Enfim, somente estão protegidas pela imunidade material as manifestações, orais ou escritas, motivadas pelo desempenho do mandato (prática "in officio") ou externadas em razão deste (prática "propter officium").[32]

Se as manifestações parlamentares guardarem conexão com o desempenho do mandato, ou tiverem sido proferidas em razão dele, estarão protegidas pela imunidade, qualquer que seja o local em que tenham sido proferidas,

[32] Inq 2.036/PA, rei. Min. Carlos Britto, 23.06.2004.

ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa. Ao contrário, se o ato praticado não é motivado pelo exercício da função, o parlamentar íica sujeito à aplicação do Direito comum, como cidadão.

Se as manifestações ocorrerem no recinto da Casa Legislativa, estarão sempre protegidas, penal e civilmente, pela imunidade material, pois, conforme tem assinalado o Supremo Tribunal Federal,[33] nessa situação há uma presunção absoluta de pertinência com o desempenho da atividade parlamentar, haja vista que nada se reveste de caráter mais intrinsecamente parlamentar do que os pronunciamentos feitos no âmbito do Poder Legislativo, a partir da própria tribuna do Parlamento.

Desse modo, para todos os pronunciamentos feitos no interior das Casas Legislativas, não cabe indagar sobre o conteúdo das alegadas ofensas ou a conexão com o mandato, dado que sempre estarão acobertados pelo manto da inviolabilidade. Se o congressista ocupar a tribuna, diga o que disser, profira as palavras que proferir, atinja a quem atingir, a imunidade o resguarda. Poderá injuriar, caluniar, atingir levianamente pessoas estranhas ao Poder Legislativo, tudo isso sem nenhuma responsabilidade criminal ou civil, pois, no interior da Casa, a inviolabilidade material é absoluta. No tocante às manifestações proferidas no interior da Casa, o parlamentar só estará sujeito, para correção dos excessos ou dos abusos, ao poder disciplinar previsto nos Regimentos Internos.

Assim, temos que distinguir as situações em que as supostas ofensas são proferidas dentro e fora do Parlamento. Somente no caso das ofensas irrogadas fora do Parlamento cabe perquirir da chamada "conexão com o exercício do mandato ou com a condição parlamentar". Se a manifestação se deu no recinto da Casa Legislativa, estará ela, sempre, automaticamente protegida pela imunidade material, sendo descabida a indagação sobre a sua pertinência com o exercício da atividade congressual, haja vista que, nessa situação, a inviolabilidade é absoluta.[34] Em tal seara, caberá à própria Casa a que pertencer o parlamentar coibir eventuais excessos, por quebra de decoro e outras transgressões regimentais.

A inviolabilidade material abrange, dentre outras manifestações: os discursos pronunciados, em sessões ou nas comissões; os relatórios e pareceres lidos ou publicados; os votos proferidos pelos deputados ou senadores; os atos praticados nas comissões parlamentares de inquérito; as entrevistas jornalísticas, em qualquer meio de comunicação, na imprensa televisiva, falada ou escrita; a transmissão, para a imprensa, do conteúdo de pronunciamentos ou de relatórios produzidos nas Casas Legislativas; e as declarações feitas aos meios de comunicação social.

[33] Pet 3.686/DF, rei. Min. Celso de Mello, 28.08.2006.
[34] Al 473.092, rei. Min. Celso de Mello, 07.03.2005.

A inviolabilidade material protege, ainda, a publicidade dos debates parlamentares, afastando a possibilidade de responsabilização do jornalista que os tenha divulgado, desde que se limite a reproduzir na íntegra, ou em extrato fiel, o que se passou nas Casas Legislativas. Afinal, se assim não fosse, se os meios de comunicação pudessem ser responsabilizados pela divulgação do que se passa nas Casas Legislativas, a transparência da atividade parlamentar ficaria seriamente comprometida.

Essa garantia só protege o congressista no exercício da titularidade do mandato. A condição político-partidária do suplente de congressista não lhe confere as garantias e prerrogativas constitucionais inerentes ao titular do mandato eletivo. Os senadores, por exemplo, são eleitos com dois suplentes. Com a diplomação, o titular do mandato passa a fazer jus à imunidade material, o mesmo não acontecendo com os suplentes. Estes só serão beneficiados com tal inviolabilidade se, algum dia, assumirem a titularidade do mandato, diante da renúncia, do afastamento ou do impedimento do titular.

A imunidade só protege o congressista, não se estendendo a outras pessoas que porventura participem dos trabalhos legislativos, mas não sejam detentoras de mandato eletivo. Servidores públicos efetivos, assessores e consultores não têm suas manifestações protegidas pela imunidade material, ainda que participem ativamente dos trabalhos legislativos.

A imunidade material não alcança as manifestações proferidas com finalidade político-eleitoral, uma vez que sua função precípua é proteger o exercício da atividade legislativa, e não amparar candidatos ou pré-candidatos em disputas eleitorais. Não estão protegidas pela imunidade material, por exemplo, as ofensas proferidas por parlamentar candidato à reeleição em relação a seu adversário político.

7.7.2. *Imunidade formal*

A imunidade formal protege o parlamentar contra a prisão e, nos crimes praticados após a diplomação, torna possível a sustação do andamento do processo penal instaurado pelo Supremo Tribunal Federal.

Cabe ressaltar que a imunidade formal **não** afasta a ilicitude da conduta criminosa do parlamentar. Na realidade, ressalvadas as situações protegidas pela imunidade material, anteriormente estudadas, nas quais há o afastamento dos crimes de opinião, os parlamentares respondem pelos crimes porventura praticados segundo as mesmas leis aplicáveis aos indivíduos em geral. Entretanto, como o interesse público recomenda que o parlamentar não seja afastado de sua atividade congressual em razão de processos arbitrários ou perseguições políticas, que poderiam trazer significativos prejuízos à atividade legislativa, a imunidade formal lhe outorga certos "privilégios" no curso de

sua incriminação, seja em relação à prisão, seja em relação à possibilidade de sustação do andamento do processo perante o Poder Judiciário.

A imunidade formal relacionada com a prisão está estabelecida no art. 53, § 2.°, da Constituição Federal, nos termos seguintes:

> § *2*° Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

A imunidade protege o parlamentar desde a expedição do diploma pela Justiça Eleitoral competente. A diplomação é ato anterior à posse. O diploma é o atestado expedido pela Justiça Eleitoral certificando a regular eleição do candidato. A posse é o ato público ulterior, realizado nas reuniões preparatórias das Casas Legislativas, por meio do qual o parlamentar investe-se oficialmente no mandato. Portanto, desde a expedição do diploma pela Justiça Eleitoral o parlamentar já está protegido pelas imunidades constitucionais.

Por força dessa imunidade formal, desde a diplomação o parlamentar não poderá mais ser vítima de qualquer tipo de prisão penal ou processual - prisão temporária, prisão em flagrante por crime afiançável, prisão preventiva, prisão por pronúncia ou prisão por sentença condenatória recorrível -, tampouco de prisão civil por dívida nas hipóteses admitidas pelo art. 5.°, inciso LXVII, da Constituição - inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e depositário infiel.

Note-se que nem nas hipóteses constitucionalmente admitidas de prisão civil por dívidas - inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e depositário infiel - o congressista poderá ser preso como meio de coação ao pagamento da obrigação, haja vista que a imunidade formal, como se afirmou acima, alcança também as prisões de natureza civil.

Alertamos que essa impossibilidade de prisão do parlamentar o protege não só em relação aos crimes praticados após a diplomação, mas, também, em relação aos crimes praticados em data anterior a esta. Assim, se em data anterior à diplomação o indivíduo havia cometido certo crime e estava respondendo por ele perante a justiça comum, com possibilidade de ser preso, com a expedição de sua diplomação a prisão não poderá mais ser determinada pelo Poder Judiciário, em respeito ao art. 53, § 2.°, da Constituição.

A única situação em que se admite a prisão do parlamentar é a de flagrante de crime inafiançável.[35] Mas, mesmo nesse caso, a manutenção da sua

A Constituição estabelece que são inafiançáveis: o crime de racismo, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos em lei como

prisão dependerá de autorização da Casa Legislativa, e não da vontade do Poder Judiciário. Com efeito, determina a Constituição que no caso de prisão em flagrante por crime inafiançável os autos deverão ser remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. A manutenção da prisão dependerá, então, de formação de culpa pela Casa Legislativa, pelo voto ostensivo e nominal da maioria de seus membros (maioria absoluta). Se a Casa Legislativa não autorizar a formação de culpa, o parlamentar será posto em liberdade, independentemente da gravidade de sua conduta criminosa.

A imunidade formal impede, ainda, a condução coercitiva do parlamentar que se negar a comparecer a interrogatório.[36] Significa dizer que o congressista, quando ostentar a condição formal de indiciado ou de réu, não poderá sofrer condução coercitiva, se deixar de comparecer ao ato de seu interrogatório, pois essa medida restritiva, que lhe afeta o direito de locomoção, desrespeitaria a garantia constitucional do art. 53, § 2.°, da Constituição.

Entretanto, embora a Constituição textualmente não restrinja a imunidade formal somente às prisões processuais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a imunidade formal **não** proíbe a prisão do congressista quando determinada por sentença judicial transitada em julgado, vale dizer, não impede a execução de penas privativas de liberdade definitivamente impostas aos membros do Congresso Nacional.

De acordo com esse entendimento do Pretório Excelso, caso o congressista sofra condenação criminal em sentença transitada em julgado (CF, art. 55, inciso VI), mas não perca o mandato por decisão da Casa a que pertence (CF, art. 55, § 2.°), poderá ele ser preso. Suponha-se que o congressista tenha sido condenado, por sentença transitada em julgado, à prisão de dois anos, sem a perda do mandato. Se essa condenação ocorrer no início da legislatura, poderá ele ser preso, cumprir a pena e, ao final, retornar à Casa Legislativa para exercer o período restante do mandato.

Além dessas garantias em relação à prisão, a imunidade formal incide, também, sobre o processo de incriminação do congressista, com a possibilidade de que a Casa Legislativa suste o andamento da ação perante o Supremo Tribunal Federal, na forma prevista no art. 53, §§ 3.° ao 5.°:[37]

> § 3.° Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de

hediondos, bem como a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5.°, XLII, XLIII e XLIV).

[36] Inq 1.504/DF, rei. Min. Celso de Mello, 10.07.2000.

[37] Redação dada pela EC n.° 35/2001.

> partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.
>
> § 4.° O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.
>
> § 5.° A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

A partir da promulgação da Emenda Constitucional n.° 35/2001 **não** há mais necessidade de prévia autorização da Casa Legislativa para que possa ser instaurado processo criminal contra congressista. Com a promulgação dessa emenda constitucional, a imunidade formal em relação ao processo passou a assegurar ao congressista, apenas, a possibilidade de que a Casa Legislativa venha, ulteriormente, em qualquer momento antes da decisão final do Supremo Tribunal Federal, sustar o andamento da ação referente aos crimes praticados após a diplomação.

Essa relevante modificação introduzida pela EC n.° 35/2001 - desnecessidade de autorização da Casa Legislativa para o processo e julgamento de congressista perante o Supremo Tribunal Federal -, em razão de sua natureza processual, teve **aplicação imediata,** o que permitiu ao Supremo Tribunal Federal dar início à ação penal em relação a todas as infrações penais anteriormente praticadas por parlamentares, inclusive em relação àquelas em que a licença, na época exigida, havia sido negada pela Casa Legislativa.[38]

Passemos, então, ao exame pormenorizado das atuais regras da imunidade formal em relação ao processo dos congressistas, que restou mitigada depois das modificações introduzidas pela citada EC n.° 35/2001.

A imunidade formal em relação ao processo só alcança crimes praticados **após a diplomação.** Se o crime foi praticado antes da diplomação, não há que se falar em imunidade, isto é, não há nenhuma possibilidade de a Casa Legislativa sustar o andamento da ação.

Com isso, a persecução criminal dos parlamentares perante o Supremo Tribunal dependerá do momento da prática do crime, na forma examinada nos parágrafos seguintes.

Em relação aos crimes praticados antes da diplomação, **não** há imunidade formal. A denúncia do Ministério Público (se ação pública) ou a queixa-crime do ofendido (se ação privada) será oferecida diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, que instaurará o processo crime e processará normalmente o parlamentar durante o seu mandato, sem nenhuma comunicação à Casa

[38] Inq QO 1.566/AC, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 22.03.2002.

Legislativa, sem possibilidade de ela sustar o andamento da ação. Se já havia processo criminal instaurado perante a justiça comum, com a diplomação os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal, que prosseguirá normalmente no julgamento do parlamentar, também sem nenhuma comunicação à Casa Legislativa, sem se cogitar de sustação da ação.

Se o crime foi praticado após a diplomação, uma vez oferecida a denúncia ou a queixa-crime perante o Supremo Tribunal Federal, a Corte poderá instaurar imediatamente o processo criminal contra o parlamentar, sem necessidade de autorização prévia da Casa Legislativa. Mas, nesse caso, haverá incidência da imunidade formal em relação ao processo, com a possibilidade de sustação do andamento da ação pela Casa Legislativa. Assim, após a instauração do processo criminal, o Supremo Tribunal Federal comunicará à Casa Legislativa respectiva (Câmara ou Senado) para que esta, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria absoluta de seus membros, possa, a qualquer momento antes da decisão final do Tribunal, sustar o andamento da ação.

Note-se que não é a comunicação do Supremo Tribunal Federal que autorizará a Casa Legislativa a dar início ao procedimento para a eventual sustação do andamento da ação penal em curso. A Casa Legislativa não poderá agir de ofício, a partir do simples recebimento da comunicação do Supremo Tribunal Federal. Recebida a ciência do Supremo Tribunal Federal, a respeito da instauração do processo criminal contra parlamentar referente a crime praticado após a diplomação, a Casa Legislativa nada poderá fazer de ofício, tampouco a pedido de seus membros. Há necessidade de provocação de partido político com representação na respectiva Casa. Só os partidos políticos com representação na respectiva Casa receberam da Constituição a legitimação para dar início ao processo de sustação do andamento da ação penal, em curso no Supremo Tribunal Federal, contra parlamentar.

Não há prazo para que o partido político desencadeie, perante a sua Casa, o procedimento de sustação do andamento da ação em curso perante o Supremo Tribunal Federal. Enquanto o Supremo Tribunal Federal não proferir a decisão final na ação, permanece a possibilidade de a Casa Legislativa determinar a sustação do seu andamento. Assim, a provocação poderá ocorrer a qualquer momento, desde o recebimento da denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal até a decisão final do Tribunal, ou até o término do mandato, se este ocorrer antes, haja vista que com o término do mandato cessarão todas as imunidades parlamentares.

Entretanto, uma vez apresentado o pedido de sustação pelo partido político, a Casa Legislativa deverá apreciá-lo no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias, a contar do seu recebimento pela Mesa Diretora. Observe que esse prazo não é para que o partido político provoque a deliberação da Casa a respeito da sustação do andamento da ação. A provocação do partido político,

conforme vimos, pode se dar a qualquer tempo, até a decisão final do Supremo Tribunal Federal. O prazo de quarenta e cinco dias é para que a Casa Legislativa delibere acerca da provocação do partido político. Recebido o pedido de sustação pela Mesa Diretora, a Casa terá somente esse prazo de quarenta e cinco dias para deliberar, sob pena de restar prejudicado o pedido.

Note-se, ainda, que o partido político apenas dará início ao procedimento de sustação do andamento da ação contra o parlamentar. Esta, a sustação, dependerá de aprovação da maioria absoluta dos membros da respectiva Casa Legislativa, em votação ostensiva e nominal.

Se a Casa Legislativa decidir pela sustação do andamento da ação contra o parlamentar, ocorrerá a suspensão da prescrição, enquanto perdurar o mandato. O marco inicial da suspensão da prescrição é, portanto, o momento em que a Casa Legislativa susta o andamento da ação penal, e o seu termo final é o término do mandato. Findo o mandato, volta a fluir normalmente o prazo prescricional, uma vez que a ação penal poderá ter o seu curso retomado. Essa suspensão da prescrição punitiva visa a evitar a impunidade, pois, com a suspensão do andamento da ação, o parlamentar somente poderá ser processado e julgado após o término do mandato. Se o Estado permanece impedido de processar o infrator nesse período, não há inércia indevida, no mesmo lapso temporal, e seria um contra-senso cogitar de fluência do prazo prescricional.

Na hipótese de crime cometido por parlamentar em concurso com pessoas que não possuem prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados (STF, Súmula n.° 704).

Portanto, a regra é a atração do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função, isto é, o co-réu não detentor de prerrogativa de foro (que, portanto, normalmente seria julgado pela justiça comum) também será julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em razão dos institutos processuais da continência ou conexão. Assim, se um congressista praticar um crime comum em co-autoria com um cidadão comum, em regra, caberá ao Supremo Tribunal Federal julgar os dois infratores.

Entretanto, se houver concurso de agentes com indivíduo não-parlamentar e a Casa Legislativa sustar o andamento da ação penal em relação ao parlamentar, o processo em curso no Supremo Tribunal Federal deverá ser separado, enviando-se os autos à justiça comum, para que esta prossiga no julgamento do co-autor não-parlamentar; evidentemente, em relação a este, não há suspensão da contagem do prazo prescricional. Deveras, a sustação do andamento da ação penal e a conseqüente suspensão da prescrição podem ocorrer tão-somente em relação ao parlamentar, pois apenas ele é detentor de imunidade processual.

7.2. Foro especial em razão da função

A prerrogativa de foro dos congressistas está prevista no art. 53, § 1.°, da Constituição Federal, que determina que os deputados e senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Cabe, portanto, ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, os membros do Congresso Nacional pela prática de crimes comuns, conforme estabelecido pelo art. 102, I, "b", da Constituição Federal.

Essa competência do Supremo Tribunal Federal para julgar os congressistas alcança todas as infrações penais a eles eventualmente imputadas, mesmo que se trate de simples ilícitos tipificados em lei como contravenção ou de crimes sujeitos à competência dos ramos especializados da Justiça da União, como os crimes eleitorais, ou mesmo os crimes dolosos contra a vida, que ordinariamente são julgados pelo júri popular.

A prerrogativa de foro impõe, também, que todos os inquéritos policiais contra congressista sejam instaurados perante o Supremo Tribunal Federal, ao qual caberá, no que se refere à apuração dos supostos crimes atribuídos a parlamentares federais, ordenar toda e qualquer providência necessária à obtenção de dados probatórios essenciais à demonstração da alegada prática delituosa, inclusive a decretação da quebra do sigilo bancário, bem como determinar a adoção de quaisquer outras medidas com vistas à apuração dos ilícitos.[39]

Com efeito, por considerar que a prerrogativa de foro tem o escopo de garantir o livre exercício da função do agente político, entende o Supremo Tribunal Federal que a atividade de supervisão judicial do foro especial deve ser desempenhada durante toda a tramitação das investigações, ou seja, desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento de denúncia pelo Ministério Público. Assim, a autoridade policial **não** pode sequer indiciar o agente político sem autorização prévia do foro especial.[40]

Entretanto, a prerrogativa de foro **não** alcança as ações de natureza cível ajuizadas contra congressistas. Isso porque, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a competência do foro especial restringe-se às ações de natureza penal, não abrangendo o julgamento de quaisquer ações civis. Significa dizer que não cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, as causas de natureza civil - ações de improbidade administrativa, ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares -, mesmo que instauradas contra congressistas ou contra qualquer das autoridades que, em matéria

[39] Inq 1.504/DF, rei. Min. Celso de Mello, 17.06.1999.
[40] Inq QO 2.411/MT, rei. Min. Gilmar Mendes, 10.10.2007.

penal, dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema (CF, art. 102, I, "b" e "c") ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, "d").[41]

A prerrogativa de foro tem como termo inicial a **diplomação** do congressista. É, pois, com a diplomação que nasce o direito ao foro especial, significando que, a partir daí, o congressista só poderá ser processado e julgado, pela prática de infrações comuns, perante o Supremo Tribunal Federal, ainda que relativamente a ilícitos praticados antes da expedição do diploma. Com efeito, se na data da diplomação o eleito estiver respondendo a processos penais perante a justiça comum, ou mesmo a inquéritos policiais, os autos serão imediatamente remetidos ao Supremo Tribunal Federal, que prosseguirá com o feito, considerando-se válidos todos os atos já praticados até o momento da diplomação.

O termo final da prerrogativa de foro é o **término do mandato,** isto é, os congressistas só dispõem de foro especial perante o Supremo Tribunal Federal na vigência do mandato (atualidade do mandato).[42] Encerrado o mandato, cessa a prerrogativa de foro e, em conseqüência, não subsistirá a competência do Supremo Tribunal Federal para dar continuidade ao processo e julgamento do parlamentar. Por isso, com a cessação do mandato, os processos em curso no Supremo Tribunal Federal serão remetidos à justiça comum competente, para prosseguimento, sendo válidos todos os atos praticados pela Corte Maior até esse momento.

Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal - de que a prerrogativa de foro cessa com o fim do mandato, não se aplicando a ex-autoridades - merece um breve comentário.

Até 25 de agosto de 1999, vigorava o disposto na Súmula 394 do STF, segundo a qual a prerrogativa de foro permanecia mesmo que o inquérito ou a ação penal iniciasse depois de terminado o mandato.[43] Entretanto, em questão de ordem suscitada no Inquérito 687/SP, rei. Min. Sydney Sanches (25.08.1999), a Súmula, por unanimidade, foi cancelada, firmando-se o entendimento de que o art. 102, I, "b", da Constituição - que estabelece a

O Supremo Tribunal Federal só dispõe de competência para processar e julgar, originariamente, ações cíveis - ações populares, ações civis públicas, ações possessórias etc. - quando essas tenham por sujeitos entes federados ou entidades públicas destes e a controvérsia caracterize potencial conflito federativo, por força do comando previsto no art. 102, I, "f, da Constituição (Rcl 3.331/RR e Rcl 3.813/RR, rei. Min. Carlos Britto, 28.06.2006).

A Lei n.° 10.628/2002, que dispunha em sentido contrário, mantendo o direito ao foro especial após a cessação do mandato, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 2.797, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 15.09.2005).

STF, Súmula 394: "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício."

competência do STF para processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República - não alcança as pessoas que não mais exercem mandato ou cargo.

Assim, em 25 de agosto de 1999, a Súmula 394 foi cancelada, com efeitos "ex nunc", passando o STF, no que toca à prerrogativa de foro, a adotar a tese da atualidade do mandato, isto é, a entender que a competência especial somente se mantém durante a vigência do mandato, cessando automaticamente com o seu término.

Com o intuito de superar esse entendimento da Corte Suprema, foi editada a Lei n.° 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que pretendeu alterar o art. 84 do Código de Processo Penal (CPP), acrescentando regra segundo a qual a competência especial por prerrogativa de função prevaleceria ainda que o inquérito ou a ação judicial fossem iniciados após a cessação do exercício da função pública. Tencionou, ainda, estender a prerrogativa de foro à ação de improbidade administrativa, de que trata a Lei n.° 8.429, de 1992, também mediante introdução de disposição específica no art. 84 do CPP.

Essas modificações, todavia, terminaram por ser fulminadas pelo Supremo Tribunal Federal. Deveras, no julgamento da ADI n.° 2.797, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 15.9.2005, foram declaradas inconstitucionais as disposições trazidas pela Lei n.° 10.628, de 2002, ao art. 84 do CPP. Entendeu a Corte Suprema que a referida lei pretendeu fazer interpretação autêntica da Carta Magna, o que seria reservado à norma de hierarquia constitucional. Considerou, também, que ela pretendeu usurpar a competência do STF como guardião da Constituição Federal, tencionando contrariar o entendimento já manifestado por esse Tribunal, o que, se admitido, implicaria submeter a interpretação constitucional do Pretório Excelso ao referendo do legislador ordinário. A nosso ver, entretanto, a mais importante posição firmada nesse julgado foi a de que a lista de competências originárias do STF estabelecida na Constituição da República é um rol taxativo, não passível de ser ampliado pelo legislador ordinário.

Em suma, com o cancelamento da Súmula 394, em 1999, passou a vigorar o entendimento de que a prerrogativa de foro não se aplica a ex-autoridades, e foi fulminada pelo STF a tentativa do legislador ordinário de modificar esse entendimento mediante a edição da Lei n.° 10.628, de 2002, declarada inconstitucional no julgamento da ADI 2.797.

7.3. Afastamento do Poder Legislativo

Estabelece a Constituição que os congressistas **não** perderão o mandato se forem investidos no cargo de Ministro de Estado, Governador de Territó-

rio, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária (art. 56, I).

Sabemos, também, que as imunidades parlamentares não são prerrogativas dirigidas à pessoa do deputado ou do senador, mas sim à função por eles exercida, em apoio à independência do Poder Legislativo.

Questão relevante é saber se o congressista que se licencia do Legislativo para exercer cargo no Poder Executivo, nas hipóteses constitucionalmente admitidas, preserva suas prerrogativas parlamentares. As imunidades protegerão as manifestações do parlamentar licenciado? Subsiste o direito à prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal?

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o congressista afastado de suas funções parlamentares para exercer cargo no Poder Executivo **não** dispõe de imunidades.

Considerando que as imunidades parlamentares são atribuídas ao Poder Legislativo, como elemento de sua independência funcional frente aos demais Poderes da República, elas não protegem as manifestações do congressista afastado do Legislativo para exercer cargo no Poder Executivo. Se um senador afasta-se do Legislativo para, por exemplo, ocupar o cargo de Ministro de Estado, suas imunidades - material e processual - ficarão suspensas, enquanto permanecer no desempenho dessa atribuição no Poder Executivo. Na prática, durante esse período de afastamento, o seu suplente, que passará a exercer a titularidade do mandato legislativo, é que fará jus às referidas imunidades.

Situação distinta ocorre com o direito do congressista à prerrogativa de foro. Entendemos que o congressista que se afasta do Poder Legislativo para exercer cargo no Poder Executivo mantém o direito à prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, em relação aos crimes comuns, haja vista que a investidura no novo cargo, por disposição expressa da Constituição (art. 56, I), não lhe retira a condição de deputado ou senador.

Portanto, com o afastamento do Poder Legislativo para exercer cargo no Poder Executivo, o parlamentar não leva consigo o direito às imunidades - material e processual -, mas mantém o direito à prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, isto é, permanece com o direito de ser processado e julgado, originariamente, nas infrações penais comuns, pela Corte Maior, enquanto perdurar o seu mandato.

Por fim, é mister ressaltar que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o afastamento do congressista para o exercício de cargo no Poder Executivo **não** impede a instauração de **processo disciplinar** perante a respectiva Casa Legislativa.[44] Esse importante entendimento da Corte Maior

[44] MS 25.579/DF, rei. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, 19.10.2005.

realçou o fato de que, mesmo afastado do Legislativo para o exercício de cargo no Poder Executivo - Ministro de Estado, por exemplo -, o parlamentar deve manter o devido decoro, sob pena de lhe ser imposta pela Casa a que pertence, até mesmo, a perda do mandato.

7.4. Desobrigação de testemunhar

Estabelece a Constituição que os deputados e senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações (art. 53, § 6.°).

Como se vê, a norma constitucional não é impositiva, fixando, apenas, uma faculdade ao congressista, que poderá, se entender conveniente para o interesse público e para o bom desempenho de suas atribuições congressuais, ocultar as informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, bem assim sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações. Nada o impede, portanto, de abrir mão dessa prerrogativa constitucional e revelar tais informações.

Essa prerrogativa não abrange a sua obrigação de testemunhar quando convocado na condição de cidadão comum, sobre fatos que nada tenham a ver com o exercício da atividade congressual, no interesse de instrução penal ou civil. Nessa hipótese, assim como qualquer do povo, terá o parlamentar o dever de testemunhar.

7.5. Incorporação às Forças Armadas

A incorporação às Forças Armadas de deputados e senadores, ainda que militares, e mesmo em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva (CF, art. 53, § 7.°).

Trata-se de prerrogativa que afasta, em relação aos congressistas, a obrigação a todos imposta pelo art. 143 da Constituição Federal, relativamente ao serviço militar. Note-se que, mesmo na hipótese de congressista militar, ainda que em tempo de guerra, a Casa Legislativa poderá denegar a sua incorporação às Forças Armadas.

7.6. Subsistência das imunidades

As imunidades de deputados e senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recin-

to do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida (CF, art. 53, § 8.°).

Como as imunidades constitucionais visam, precipuamente, ao funcionamento livre e independente do Poder Legislativo, a Constituição estabelece a sua permanência mesmo durante a execução do estado de sítio, que é medida excepcionalíssima, somente passível de ser decretada no caso de comoção grave de repercussão nacional, ou na ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, ou, ainda, na hipótese de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira (CF, art. 139).

Note-se que a regra, mesmo durante o estado de sítio, é a subsistência das imunidades parlamentares. Elas só poderão ser suspensas por decisão de dois terços dos membros da Casa Legislativa respectiva e, ainda assim, exclusivamente para os atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução do estado de sítio. Vale dizer, para os atos praticados no recinto do Congresso Nacional a manutenção das imunidades parlamentares é absoluta.

7.7. Incompatibilidades

O art. 54 da Constituição estabelece algumas proibições aos parlamentares, denominadas *incompatibilidades*, nos termos seguintes:

> Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:
>
> I - desde a expedição do diploma:
>
> a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;
>
> b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis *ad nutum*, nas entidades constantes da alínea anterior;
>
> II — desde a posse:
>
> a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;
>
> b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis *ad nutum*, nas entidades referidas no inciso I, 'a';
>
> c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, 'a';
>
> d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo.

A leitura das incompatibilidades acima permite facilmente identificar a diretriz geral que orientou nosso constituinte. Trata-se de evitar situações em que poderia ser posta em risco a moralidade administrativa, pela possibilidade que tem o parlamentar de exercer pressões para obter contratos com a Administração Pública, ou para obter benefícios fiscais para empresas de que fosse sócio etc. Ainda, se o congressista pudesse aceitar cargos ou funções, é evidente que a impessoalidade no exercício de sua atividade parlamentar resultaria potencialmente comprometida, uma vez que o cargo ou função oferecidos poderiam estar justamente sendo usados como "moeda de troca" para obtenção de favores pelas autoridades que os ofereceram.

Em suma, trata-se de medidas que visam a, preventivamente, resguardar a moralidade administrativa, afastar conflitos de interesses, garantir a independência e a impessoalidade do parlamentar no exercício de suas funções, de tal sorte que o interesse público seja atendido da melhor maneira possível.

7.8. Perda do mandato

O art. 55 da Constituição enumera as hipóteses de perda do mandato de deputado e senador, nos termos seguintes:

> Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:
>
> I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
>
> II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
>
> III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
>
> IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
>
> V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;
>
> VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

Os parágrafos do mesmo art. 55 da Constituição estabelecem os procedimentos para a decretação da perda do mandato do parlamentar que incorrer nas diferentes situações previstas nos incisos I a VI, nos termos a seguir examinados.

Nos casos dos incisos I, II e VI - infringência das incompatibilidades, quebra de decoro parlamentar e condenação criminal em sentença transitada em julgado -, a perda do mandato **não** será automática, pois dependerá

de um juízo político de conveniência do Plenário da Casa Legislativa. Mesmo com o trânsito em julgado de sentença criminal condenatória, a Casa Legislativa poderá decidir, politicamente, pela manutenção do mandato parlamentar. De fato, nos casos desses incisos, a perda será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto[45] e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa (art. 55, § 2.°).

Note-se que, nesses casos, a imposição da perda do mandato dependerá de decisão do Plenário da Casa Legislativa, por voto secreto e maioria absoluta dos seus membros. Mas só haverá deliberação plenária se houver provocação da respectiva Mesa ou de partido político com representação no Congresso Nacional. Se não ocorrer essa provocação, o mandato do parlamentar estará mantido. Ademais, entre a provocação e a deliberação plenária, determina a Constituição que seja assegurado ao parlamentar o direito à ampla defesa. Somente após (1) a provocação, (2) o exercício da ampla defesa e (3) a aprovação, em voto secreto, de maioria absoluta dos membros da Casa é que ocorrerá a perda do mandato parlamentar.

Especificamente em relação ao inciso II (procedimento incompatível com o decoro parlamentar), estabelece o § 1.° do art. 55 da Constituição que é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas. O decoro parlamentar representa o conjunto de regras que deve reger a conduta dos parlamentares, mesmo quando afastados do Legislativo para o desempenho de cargo no Poder Executivo. A competência para aferir eventual infringência do decoro parlamentar é exclusiva da respectiva Casa Legislativa, na forma do § 2.° do art. 55, cuidando-se de matéria insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário quanto ao seu mérito, isto é, quanto à valoração de determinada conduta do parlamentar como ofensiva, ou não, ao decoro.

Nos casos previstos nos incisos III a V - ausência, na mesma legislatura, à terça parte das sessões ordinárias da Casa; perda ou suspensão dos direitos políticos e decretação pela Justiça Eleitoral -, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa (CF, art. 55, § 3.°). Nessas situações, não há espaço

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a exigência de voto secreto para a votação sobre a perda do mandato dos congressistas, prevista no art. 55, § 2.°, da Constituição Federal é norma de observância obrigatória pelos estados, por força do § 1.° do art. 27 da Constituição, que determina a aplicação, aos deputados estaduais, das regras da Constituição Federal sobre perda de mandato dos congressistas (ADI 2.461/RJ, rei. Min. Gilmar Mendes, 12.05.2005).

para juízo de conveniência da Casa Legislativa. Se comprovada a ocorrência das situações previstas nos incisos III a V, a Mesa está obrigada a declarar a perda do cargo. Desse modo, quando a Constituição assegura ao parlamentar a ampla defesa, esse direito será exercido apenas no intuito de demonstrar a não-ocorrência da situação descrita nos citados incisos. Se o parlamentar não lograr êxito nesse mister, a Mesa deverá decretar, obrigatoriamente, a perda do mandato.

O caso previsto no inciso VI do art. 55 - perda do mandato em decorrência de condenação criminal mediante sentença transitada em julgado - merece uma detalhada análise, à luz de outras disposições constitucionais.

Estabelece o art. 15, inciso III, da Constituição que a condenação criminal transitada em julgado implica a suspensão dos direitos políticos, enquanto durarem seus efeitos. De acordo com essa regra constitucional, portanto, todos aqueles que sofrerem condenação criminal com trânsito em julgado estarão, como decorrência automática dessa sentença condenatória, com os seus direitos políticos suspensos, até que ocorra a extinção da punibilidade. Enfim, enquanto não sobrevier a extinção da punibilidade a pessoa condenada criminalmente mediante sentença transitada em julgado estará com os seus direitos políticos suspensos.

Por outro lado, a privação - perda ou suspensão - dos direitos políticos implica a perda do mandato eletivo, forçando a imediata cessação do seu exercício, além de implicar a inelegibilidade para outros mandatos. Afinal, se o pleno exercício dos direitos políticos é condição de elegibilidade (CF, art. 14, § 3.°, II), também constitui, por óbvio, requisito indispensável para o exercício do mandato eletivo.

Acontece, porém, que isso não se dá com os congressistas, em face do disposto no inciso VI do art. 55, combinando com o § 2.° do mesmo artigo. Isso porque, em relação aos congressistas, a condenação criminal mediante sentença transitada em julgado não implica, necessariamente, a suspensão dos seus direitos políticos, haja vista que a efetiva perda do mandato dependerá, ainda, de ulterior decisão política da Casa Legislativa a que pertence, na forma anteriormente estudada.

Na realidade, as disposições do art. 55, inciso VI, e § 2.°, consubstanciam regra especial, que representa uma exceção à disciplina geral da matéria, estabelecida no art. 15, inciso III, da Carta Política. Com isso, temos que, em se tratando dos congressistas, a condenação criminal transitada em julgado **não** causará, por si, a suspensão dos seus direitos políticos, haja vista que a perda do mandato dependerá, ainda, da ulterior decisão política da Casa Legislativa, por voto da maioria absoluta dos seus membros, em escrutínio secreto. A suspensão dos direitos políticos do parlamentar, vale repisar, só ocorrerá se a perda do mandato vier a ser decidida pela Casa Legislativa

a que pertence. Por essa razão - inexistência da suspensão automática dos direitos políticos do congressista condenado criminalmente em sentença transitada em julgado -, é possível que o congressista, mesmo condenado criminalmente em decisão definitiva do Poder Judiciário, permaneça no regular desempenho de suas atribuições congressuais até o término do mandato, desde que a Casa Legislativa não decida pela perda do mandato, na forma do § 2.° do art. 55 da Constituição.

Esse mesmo entendimento é extensível aos deputados estaduais, por força do art. 27, § 1.º, da Constituição, que determina serem aplicáveis a eles as mesmas regras previstas na Constituição Federal referentes à perda do mandato dos deputados federais.

Entretanto, tal orientação **não** se aplica aos vereadores e àqueles que exercem mandatos eletivos no âmbito do Poder Executivo - prefeitos, governadores e Presidente da República -, uma vez que, em relação a esses, não foi estabelecida nenhuma exceção à regra geral prevista no art. 15, inciso III, da Constituição. Logo, no caso desses ocupantes de mandatos eletivos, a condenação criminal em sentença transitada em julgado implicará a obrigatória extinção do mandato, cessando o exercício deste sem possibilidade de qualquer juízo de ordem política.

7.9. Renúncia ao mandato

Consoante o § 4.° do art. 55 da Constituição, a renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais da Casa respectiva, de que tratam os §§ 2.° e 3." do mesmo artigo.

Por força dessa regra constitucional, temos a situação abaixo expendida.

Se o parlamentar renunciar ao mandato antes do início do processo que vise à decretação da perda do seu mandato, a renúncia será plenamente válida, hipótese em que o referido processo sequer será iniciado.

Diferentemente, depois de iniciado o processo, a renúncia do parlamentar ficará com seus efeitos suspensos, até as deliberações finais da Casa, a respeito da perda, ou não, do mandato.

Ao final das deliberações, se a Casa Legislativa decidir pela perda do mandato, a renúncia do parlamentar não produzirá nenhum efeito, hipótese em que será simplesmente arquivada. Ao contrário, se a Casa Legislativa decidir pela manutenção do mandato, a renúncia produzirá seus efeitos, e o parlamentar perderá o mandato em virtude de sua própria manifestação de vontade, isto é, pela declaração de renúncia.

À primeira análise, poder-se-ia imaginar que, em face desse comando constitucional, não faria sentido o parlamentar antecipar-se e renunciar ao seu mandato antes da instauração do processo, haja vista que, ao final, de uma forma ou de outra, haveria a perda do mandato, fosse pela decisão da Casa Legislativa, fosse pelos efeitos produzidos pela renúncia posterior à instauração do processo. Acontece, porém, que, uma vez instaurado o processo - portanto, na hipótese de o parlamentar não haver renunciado antes da sua instauração -, a decisão da Casa Legislativa desfavorável ao parlamentar, que considere haver ele infringido o inciso I ou o inciso II do art. 55 da Constituição, implicará, além da perda do mandato, a decretação de sua inelegibilidade pelo prazo de oito anos, subseqüentes ao término da legislatura em que deveria findar o seu mandato.[46]

Portanto, a prévia renúncia ao mandato, com o fim de impedir a instauração do respectivo processo que vise à sua perda, tem o fim de evitar a imposição da inelegibilidade por oito anos, contados do término da legislatura em que findaria o mandato, prevista para os casos de decisão da Casa Legislativa que considere ter o parlamentar infringido o inciso I ou o inciso II do art. 55 da Constituição. Com efeito, se o parlamentar renunciar antes da instauração do processo, ele simplesmente perderá seu mandato, podendo candidatar-se já nas eleições seguintes, sem que sua renúncia represente óbice a que seja empossado em um novo mandato. Diferentemente, se o processo for instaurado e a Casa Legislativa decidir pela perda do mandato do parlamentar em razão de infringência do inciso I ou do inciso II do art. 55 da Constituição, ele não só perderá seu mandato como ficará inelegível por oito anos, contados do término da legislatura em que findaria seu mandato.

A verdade é que, em cada caso, o parlamentar terá que avaliar os riscos de efetivamente vir a perder o seu mandato por decisão da sua Casa Legislativa, que considere haver ele infringido o inciso I ou o inciso II do art. 55 da Constituição, e decidir se renuncia ao mandato previamente à instauração do processo, ou não.

Estabelece o art. 1.°, inciso I, alinea "b", da Lei Complementar n.c 64/1990:
"Art. 1.° São inelegíveis:
I - para qualquer cargo:

b) os membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto nos incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, dos dispositivos equivalentes sobre perda de mandato das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios e do
Distrito Federal, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subseqüentes ao término da legislatura; (Redação dada pela LC n.° 81/1994.)

7.10. Manutenção do mandato

O art. 56 da Constituição enumera casos em que o congressista poderá ausentar-se do Poder Legislativo para o exercício de determinadas funções públicas ou solicitar certas licenças sem a perda do mandato, nos termos seguintes:

> Art. 56. Não perderá o mandato o Deputado ou Senador:
>
> I - investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária;
>
> II - licenciado pela respectiva Casa por motivo de doença, ou para tratar, sem remuneração, de interesse particular, desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse cento e vinte dias por sessão legislativa.

Na hipótese de afastamento para o exercício de uma das funções públicas previstas no inciso I, o parlamentar poderá optar pela remuneração do mandato eletivo.

Conforme já visto antes, com o afastamento do parlamentar das atividades legislativas, suas imunidades - material e processual - serão suspensas, enquanto durar o seu afastamento. Permanece, porém, o direito à prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal, nas infrações penais comuns, bem como a obrigação de manter o decoro parlamentar, sob pena de ser instaurado procedimento disciplinar pela Casa Legislativa respectiva, que poderá culminar na decretação da perda do mandato eletivo.

No caso de ocorrência de vaga (em virtude de perda do mandato, de falecimento etc), de investidura nas funções enumeradas no inciso I do art. 56 ou de licença superior a cento e vinte dias, o suplente do parlamentar será convocado para a assunção do mandato eletivo. O suplente exercerá as atividades congressuais até que a hipótese de vacância cesse ou até o término do mandato. Ocorrendo vaga e não havendo suplente, far-se-á nova eleição para preenchê-la, se faltarem mais de quinze meses para o término do mandato. Porém, se faltarem menos de quinze meses para o término do mandato, não haverá nova eleição, hipótese em que a vaga não será preenchida na respectiva legislatura.

7.11. Deputados estaduais, distritais e vereadores

Os deputados estaduais e distritais dispõem das mesmas prerrogativas atribuídas constitucionalmente aos congressistas, por força do § 1.° do art.

27 da Constituição, que determina a aplicação a eles das regras previstas na Constituição Federal sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

Dessa forma, as prerrogativas aqui estudadas em relação aos congressistas - inviolabilidade material, imunidade processual, desobrigação de testemunhar, incorporação às forças armadas, impedimentos e procedimentos para a perda do mandato[47] - são extensíveis aos deputados estaduais e distritais, por determinação da própria Constituição Federal.

Na vigência da Constituição de 1946, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal havia deixado assente que a imunidade dos deputados estaduais só os protegia perante o Poder Judiciário do estado, entendimento que, à época, restou consolidado no enunciado da Súmula n.° 3 do Tribunal, nos termos seguintes: "A imunidade concedida a deputados estaduais é restrita à justiça do estado."

Porém, em 15.12.2005, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que, com o advento do § 1.° do art. 27 da Constituição Federal de 1988, que tornou aplicáveis, sem restrições, aos membros das Casas Legislativas dos estados e do Distrito Federal, as normas sobre imunidades parlamentares dos integrantes do Congresso Nacional, ficou superada a tese da Súmula n.° 3.[48]

Desse modo, com a superação do enunciado da Súmula n.° 3 do STF, as imunidades parlamentares passam a proteger os deputados estaduais e distritais também perante outros órgãos do Poder Judiciário, e não somente perante a justiça do estado ou do Distrito Federal, respectivamente.

Os vereadores não dispõem das mesmas prerrogativas e imunidades asseguradas aos congressistas. Os parlamentares da câmara municipal só possuem imunidade material, sendo invioláveis por suas palavras, opiniões e votos no exercício do mandato e na circunscrição do município (CF, art. 29, VIII).

Portanto, os vereadores **não** dispõem da prerrogativa concernente à imunidade formal, ou seja, em relação ao processo, razão pela qual poderão sofrer persecução penal por quaisquer delitos,[49] sem possibilidade de sustação do andamento da ação pela câmara municipal. Da mesma forma, poderão ser presos durante a vigência do mandato, pois não são a eles aplicáveis as

[47] Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a exigência constitucional de "voto secreto" nas votações sobre a perda do mandato dos congressistas é de observância obrigatória pelos estados-membros, por força do § 1.° do art. 27 da Constituição (ADI 2.461/RJ, rei. Min. Gilmar Mendes, 12.05.2005).

[48] RE 456.679/DF, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 15.12.2005.

[49] Desde que não se trate de alegados crimes contra a honra decorrentes de manifestações emitidas no exercício do mandato e na circunscrição do município, porque tais manifestações são protegidas pela inviolabilidade material.

prerrogativas da imunidade processual em relação à prisão, prevista no § 2.° do art. 53 da Constituição Federal.

Por fim, cabe destacar que a inviolabilidade processual só protege as manifestações do vereador na circunscrição do município, ficando suas manifestações expendidas fora do território municipal sujeitas normalmente à incriminação, ainda que diretamente relacionadas ao exercício da vereança. Assim, se um grupo de vereadores reúne-se em Brasília, na defesa de legítimos interesses das municipalidades, os parlamentares municipais deverão adotar cautela nos seus discursos, sob pena de responderem, civil e penalmente, pelas suas manifestações, ainda que, comprovadamente, estas guardem estreita relação com o exercício da vereança.

8. TRIBUNAIS DE CONTAS

8.1. Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União é órgão auxiliar e de orientação do Poder Legislativo, embora a ele não subordinado, praticando atos de natureza administrativa, concernentes, basicamente, à fiscalização (Alexandre de Moraes).

O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, podendo exercer, no que couber, as atribuições administrativas do art. 96 da Constituição, outorgadas aos tribunais do Poder Judiciário.

Os Ministros do Tribunal de Contas da União gozam das mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, no tocante à aposentadoria e pensão, as normas do art. 40 da Constituição. Os requisitos para a investidura no cargo de Ministro estão enumerados no § 1.º do art. 73 da Constituição, nos termos seguintes:

> § l.°Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:
>
> I - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;
>
> II - idoneidade moral e reputação ilibada;
>
> III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;
>
> IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

Caberá ao Presidente da República escolher um terço dos membros do Tribunal de Contas da União (três), com ulterior aprovação dos nomes pelo Senado Federal, e ao Congresso Nacional caberá a escolha dos outros dois terços (seis), na forma que dispuser seu regimento interno.

O Presidente da República não é livre para escolher os três Ministros, pois, dentre esses, dois deverão ser escolhidos alternadamente entre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal de Contas da União, segundo os critérios de antigüidade e merecimento. Logo, dentre os três Ministros escolhidos pelo Presidente da República, apenas um será de sua livre escolha.

Desse modo, o Tribunal de Contas da União elaborará lista indicando, alternadamente, três auditores ou três membros do Ministério Público que atuam junto ao Tribunal, seja pelo critério da antigüidade, seja pelo critério de merecimento, para que o Presidente da República escolha, com plena discricionariedade, um deles, submetendo seu nome à aprovação da maioria simples do Senado Federal.

Importante destacar que, mesmo na hipótese de investidura segundo o critério de antigüidade, o Tribunal de Contas da União deverá elaborar lista tríplice, e não encaminhar ao chefe do Executivo somente o nome do auditor ou membro do Ministério Público mais antigo. A lista tríplice deverá indicar os três auditores ou os três membros do Ministério Público mais antigos para que o Presidente da República, com plena discricionariedade, escolha qualquer um deles, ainda que não seja o mais antigo dos três.

Em consonância com a função típica íiscalizatória do Poder Legislativo, dispõe a Constituição que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração Direta e Indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, sem prejuízo do sistema de controle interno de cada Poder (art. 70).

Determina, ainda, que está obrigada a prestar contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária (art. 70, parágrafo único).

Assim, o controle externo das contas públicas é incumbência constitucional do Congresso Nacional, que o exercerá com o auxílio do Tribunal de Contas da União (art. 71).

Entretanto, cabe ressaltar que o Tribunal de Contas da União possui atribuições constitucionais próprias de apreciação, fiscalização e julgamento de contas públicas, enumeradas no art. 71 da Constituição Federal, nos termos seguintes:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

> X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;
>
> XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Note-se que o Tribunal de Contas da União dispõe de competência para **julgar,** administrativamente, as contas dos administradores e demais responsáveis por recursos públicos, no âmbito dos três Poderes da União - Executivo, Legislativo e Judiciário (inciso II).

Porém, a Corte de Contas não dispõe de competência para julgar as contas do Presidente da República, cabendo-lhe, neste caso, apenas **apreciá-las,** mediante a elaboração de parecer prévio, meramente opinativo, no prazo de sessenta dias (inciso I), porquanto é o Congresso Nacional quem dispõe de competência para **julgar** as contas do Presidente da República (CF, art. 49, IX).

Na realidade, a competência para o julgamento das contas do chefe do Poder Executivo, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal é sempre exclusiva do respectivo Poder Legislativo (Congresso Nacional, Assembléia Legislativa, Câmara Legislativa e Câmara Municipal, respectivamente). Nessa hipótese, caberá às Cortes de Contas competentes, apenas, a elaboração de um parecer prévio, meramente opinativo, como forma de auxílio à tarefa da Casa Legislativa.

Outro aspecto que merece exame diz respeito à competência do Tribunal de Contas da União para a sustação de atos e contratos administrativos.

Sabe-se que atos administrativos são manifestações unilaterais da Administração Pública, tais como as permissões de uso de bens públicos, as licenças e as autorizações. Por outro lado, os contratos administrativos resultam de ajuste de vontades, sendo sua característica preponderante a bilateralidade, como são exemplos os contratos de concessão de serviços públicos.

Em face dessa distinção jurídica, a competência do Tribunal de Contas da União para sustação difere, conforme a irregularidade tenha sido detectada em um ato administrativo, ou em um contrato administrativo.

Assim, se for verificada irregularidade em um **ato** administrativo, compete ao Tribunal de Contas da União fixar um prazo para que o órgão ou entidade que o praticou adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei. Se essa determinação do Tribunal de Contas da União não for atendida, dispõe ele de competência para **sustar** diretamente a execução do ato administrativo, comunicando ulteriormente a sua decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (CF, art. 71, X).

Porém, se for verificada irregularidade em um **contrato** administrativo, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis (CF, art. 71, § 1.°).

Observe-se que, em se tratando de contrato administrativo, o Tribunal de Contas da União não dispõe de competência para sustar diretamente a sua execução. Verificada a irregularidade, deverá a Corte de Contas dar ciência ao Congresso Nacional, para que este determine a sustação e solicite ao Poder Executivo as medidas cabíveis para sanar a irregularidade. Entretanto, se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas cabíveis para sanar a irregularidade verificada no contrato, o Tribunal de Contas da União adquirirá competência para decidir a respeito (CF, art. 71, § 2.°).

Ainda sobre esse poder de fiscalização, o Supremo Tribunal Federal tem enfatizado que o Tribunal de Contas da União, embora não disponha de poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência - prevista no art. 71, IX, da Constituição - para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que ele se originou, sob pena de imediata comunicação ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação. Ressalte-se que a Corte Constitucional tem reafirmado em suas decisões que essa competência do Tribunal de Contas da União consubstancia poder de "determinar" a adoção das medidas administrativas, e **não** "simples recomendação" despida de caráter impositivo.[50]

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o TCU dispõe, ainda, de legitimidade para expedição de **medidas cautelares,** a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como de garantir a efetividade de suas decisões. O provimento cautelar pode ser concedido, inclusive, sem a oitiva prévia da outra parte *(inaudita altera parte)*, não configurando tal procedimento ofensa às garantias do contraditório e ampla defesa, haja vista que o exercício desses direitos, observado o devido processo legal, será exercido em fase processual seguinte.

Embora não expressamente prevista no texto constitucional, entende o Supremo Tribunal Federal que a possibilidade de concessão de medida cautelar pelo Tribunal de Contas da União decorre da outorga constitucional de **poderes implícitos** a esta Corte. Enfim, para o STF, o fato de o art. 71 da Constituição Federal outorgar explicitamente diversas atribuições ao Tribunal de Contas da União implica reconhecer a outorga implícita dos meios necessários à integral e eficiente realização de tais atribuições, dentre os

[50] MS 26.547/DF, rei. Min. Celso de Mello, 23.05.2007.

quais a concessão de medida cautelar, quando indispensável para garantir a efetividade de suas decisões do mérito.[51]

Entretanto, o Tribunal de Contas da União - e, em decorrência da simetria, as demais Cortes de Contas - **não** dispõe de competência para determinar a quebra do sigilo bancário das pessoas submetidas ao seu controle. Com efeito, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora as atividades do Tribunal de Contas da União, por sua natureza - verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal -, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica (Lei Complementar n° 105/2001) que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada (CF, art. 5º, X), no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário.[52]

É oportuno registrar que o Supremo Tribunal Federal editou a **Súmula Vinculante n.° 3,** acerca da abrangência do direito ao contraditório e ampla defesa nos processos que tramitam no TCU, cujo enunciado transcrevemos abaixo:

> Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

A fim de assegurar efetividade ao desempenho de suas atribuições, dispõe a Constituição que as decisões do Tribunal de Contas da União de que resulte imputação de débito ou multa têm eficácia de **título executivo,** isto é, consubstanciam instrumento idôneo para instruir e subsidiar o processo de execução do devedor perante o Poder Judiciário (art. 71, § 3.°).

Por fim, vale lembrar que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os Tribunais de Contas, no desempenho de suas atribuições, podem realizar o controle de constitucionalidade das leis,[53] isto é, no exame de um

[51] Conforme lição do Min. Celso de Mello, na mencionada ação: "a formulação que se faz em torno dos **poderes implícitos,** cuja doutrina - construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819) - enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos" (MS 26.547/DF, 23.05.2007).

[52] MS 22.801, rei. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 17.12.2007.

[53] STF, Súmula 347: "O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público."

processo submetido à sua apreciação, podem afastar a aplicação de uma lei ou ato normativo do Poder Público por entendê-lo inconstitucional.

Essa declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais de Contas deverá ser proferida por maioria absoluta de seus membros, por força da cláusula "reserva de plenário", estabelecida no art. 97 da Constituição Federal.

8.2. Tribunais de contas estaduais, distrital e municipais

O art. 31 da Constituição estabelece que o controle externo da câmara municipal será exercido com o auxílio dos tribunais de contas dos estados ou do município ou dos conselhos ou tribunais de contas dos municípios, onde houver.

Com isso, o texto constitucional reconheceu, sem ressalvas, a existência dos tribunais de contas dos estados e do Distrito Federal, existência essa expressamente confirmada pelo art. 75.

No tocante aos conselhos ou tribunais de contas dos municípios, só foram reconhecidos aqueles já existentes na data da promulgação da Constituição, uma vez que a própria Constituição veda aos municípios a criação de tribunais, conselhos ou órgãos de contas municipais (art. 31, § 4.°).

Porém, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a proibição à criação de tribunais, conselhos ou órgãos de contas municipais, prevista no § 4.° do art. 31 da Constituição Federal, dirige-se exclusivamente aos municípios, que não poderão criar esses órgãos como integrantes da estrutura orgânica municipal.[54]

Significa dizer que essa vedação **não** alcança os estados-membros, que podem, discricionariamente, criar ou extinguir tribunais ou conselhos de contas municipais, como órgãos integrantes de sua própria estrutura orgânica, com o fim de atribuir a esses órgãos a competência para realizar a fiscalização dos municípios do seu território. Vale dizer, os tribunais ou conselhos de contas municipais criados pelos estados-membros **não** serão órgãos municipais, mas, sim, órgãos integrantes da estrutura do estado-membro que os criou, com a função de fiscalizar as finanças dos municípios do seu território.

Determina a Constituição Federal que as normas estabelecidas no seu texto sobre a fiscalização contábil, financeira e orçamentária aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos tribunais de contas

[54] Conforme trecho do voto do Min. Marco Aurélio: "O que a Constituição Federal veda, no §4.° do art. 31, é a criação de Tribunais, Conselhos e órgãos de Contas pelos próprios Municípios, inseridos na estrutura destes, não proibindo os Estados de instituição de Tribunal ou Conselho, com jurisdição sobre as contas municipais" (ADI 867/MA, rei. Min. Marco Aurélio, 10.10.1994).

dos estados e do Distrito Federal, bem como dos tribunais e conselhos de contas dos municípios (art. 75).

Por força desse dispositivo constitucional, o modelo de composição e investidura dos Ministros do Tribunal de Contas da União deverá ser observado pelos estados-membros, na fixação do processo de escolha e investidura dos conselheiros dos respectivos tribunais de contas estaduais, devendo ser resguardada a proporcionalidade de escolha entre o Poder Executivo (um terço) e o Poder Legislativo (dois terços).

Acontece, porém, que, como a Constituição determina que os tribunais de contas dos estados-membros serão integrados por sete conselheiros,[55] não é possível, aritmeticamente, adotar, na esfera estadual, o modelo federal da terça parte, pela singela razão de que sete não é divisível por três.

Em face dessa realidade, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que quatro conselheiros devem ser escolhidos pela Assembléia Legislativa e três pelo chefe do Poder Executivo estadual, cabendo a este escolher um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, alternadamente, e um terceiro à sua livre escolha.[56]

Ainda de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dentre as competências constitucionalmente outorgadas aos tribunais de contas dos estados (art. 70) **não** se inclui a de atuar no âmbito de processo administrativo em que se discute matéria tributária. Com base nesse entendimento, o Tribunal Maior declarou a inconstitucionalidade de dispositivo de Constituição estadual que estabelecia que as decisões fazendárias de última instância no processo administrativo tributário, quando contrárias ao erário, seriam apreciadas, em grau de recurso, pelo tribunal de contas do estado.[57]

Em relação à fiscalização das contas municipais, dispõe a Constituição que o parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da câmara municipal (art. 31, § 2.°).

Assim, o parecer emitido pelo órgão competente - tribunal de contas do estado ou órgão de contas do município, onde houver - sobre as contas do Prefeito vincula, num primeiro momento, a câmara municipal, que só poderá rejeitá-lo por decisão de dois terços dos seus membros.

[55] Reza o parágrafo único do art. 75 da Constituição Federal: "As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros."

[56] STF, Súmula 653: "No Tribunal de Contas estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembléia Legislativa e três pelo chefe do Poder Executivo estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do ministério público, e um terceiro a sua livre escolha."

[57] ADI 523/PR, rei. Min. Eros Grau, 03.04.2008.

Gabe destacar que essa regra é especial, pois outorga ao parecer emitido sobre as contas do Prefeito força distinta daquela de que se revestem os pareceres emitidos acerca das contas do Governador e do Presidente da República pelas respectivas cortes de contas, que são meramente opinativos.

Por fim, vale lembrar que junto aos tribunais de contas atuará um Ministério Público, cujos membros têm os mesmos direitos, vedações e forma de investidura dos membros do Ministério Público comum (CF, art. 130). Esse Ministério Público especial integra a própria estrutura orgânica do correspondente tribunal de contas e tem a sua organização formalizada por lei ordinária, de iniciativa privativa da corte de contas respectiva.

Capítulo 8

PROCESSO LEGISLATIVO

1. CONCEITO

A expressão "processo legislativo" compreende o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção e veto, promulgação e publicação) realizados pelos órgãos competentes na produção das leis e outras espécies normativas indicadas diretamente pela Constituição.

As espécies normativas abrangidas pelo processo legislativo estão enumeradas no art. 59 da Carta da República de 1988: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

Os atos normativos integrantes do nosso processo legislativo veiculam as denominadas "normas primárias", assim chamadas porque retiram sua validade diretamente da Constituição; são o primeiro nível de normas derivadas da Constituição. Tais espécies normativas inovam o Direito, não são editadas para regulamentar algum outro ato infraconstitucional.[1] Em síntese, são espécies normativas só fundadas na Constituição e em nenhum outro ato. Ademais, conforme estudaremos adiante, todas elas situam-se no mesmo nível hierárquico, à exceção da emenda à Constituição.

A produção de espécies normativas com inobservância das regras do processo legislativo constitucionalmente previstas implica a inconstitucionalidade formal do ato resultante. Essa inconstitucionalidade - da lei ou do ato

[1] Os atos editados para regulamentar outros atos infraconstitucionais - chamados atos de segundo nível, secundários ou infralegais -, a exemplo dos decretos, das resoluções ministeriais, das portarias administrativas, não integram o processo legislativo.

normativo produzido mediante processo legislativo que tenha desrespeitado as regras constitucionais - poderá ser reconhecida pelo Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, seja no controle concreto, seja no controle abstrato.

Embora disciplinado no texto constitucional, o processo legislativo das leis **não** é cláusula pétrea, podendo ser modificado por meio de emenda à Constituição (a EC n.° 32/2001, por exemplo, operou algumas modificações no processo legislativo concernente às medidas provisórias).

2. CLASSIFICAÇÃO

A doutrina classifica os processos legislativos quanto às formas de organização política em: a) autocrático; b) direto; c) indireto ou representativo; d) semidireto.

O processo legislativo é **autocrático** quando as leis são elaboradas pelo próprio governante, ficando excluída a participação dos cidadãos, seja de forma direta ou por meio de seus representantes.

Processo legislativo **direto** é aquele em que ocorre discussão e votação das leis pelo próprio povo, diretamente.

No processo legislativo **indireto** ou **representativo,** os cidadãos escolhem representantes e lhes conferem poderes para a elaboração das espécies normativas que o integram, segundo o procedimento previsto na Constituição.

Há processo legislativo **semidireto** quando a elaboração legislativa exige a concordância da vontade do órgão representativo e, também, da vontade do eleitorado, esta manifestada por meio de *referendum* (ou referendo) popular.

A maioria dos Estados contemporâneos, inclusive o Brasil, adota o processo legislativo indireto ou representativo, no qual as espécies normativas são elaboradas pelos parlamentares, representantes escolhidos pelo povo.

Quanto ao rito e aos prazos, os processos legislativos poderão ser: (a) ordinário; (b) sumário; (c) especiais.

O processo legislativo **ordinário** destina-se à elaboração das leis ordinárias, caracterizando-se pela inexistência de prazos rígidos para conclusão das diversas fases que o compõem.

O processo legislativo **sumário** segue as mesmas fases do processo ordinário, com a única diferença de que existem prazos para que o Congresso Nacional delibere sobre o assunto.

Os processos legislativos **especiais** seguem rito diferente do estabelecido para a elaboração das leis ordinárias, como é o caso, na Carta de 1988, dos processos especiais de elaboração das emendas à Constituição, das leis delegadas, das medidas provisórias etc.

3. PROCESSO LEGISLATIVO ORDINÁRIO

O processo legislativo ordinário é aquele destinado à elaboração de uma lei ordinária. Como é integrado por todas as fases e procedimentos - nem sempre presentes nos outros processos legislativos - que têm possibilidade de ser identificados em qualquer dos processos legislativos disciplinados pela Constituição Federal, ele serve de base para a compreensão dos demais, razão pela qual será estudado em primeiro lugar.

O processo legislativo ordinário desdobra-se em três fases: fase introdutória, fase constitutiva e fase complementar.

A fase introdutória resume-se à iniciativa de lei, ato que desencadeia o processo de sua formação.

A fase constitutiva compreende a discussão e votação do projeto de lei nas duas Casas do Congresso Nacional, bem como a manifestação do Chefe do Executivo (sanção ou veto) e, se for o caso, a apreciação do veto pelo Congresso Nacional.

A fase complementar abrange a promulgação e a publicação da lei.

3.1. Fase introdutória

A fase introdutória dá início ao processo de formação do ato legal, por meio da denominada iniciativa de lei.

Iniciativa legislativa é a faculdade que se atribui a alguém ou a algum órgão para apresentar projetos de lei ao Poder Legislativo.

Na atual Constituição, essa faculdade foi atribuída a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos (CF, art. 61).

Embora a Constituição Federal não contemple expressamente o Tribunal de Contas da União no rol dos legitimados à iniciativa das leis (CF, art. 61), firmou-se o entendimento de que o Tribunal de Contas detém a iniciativa da lei (ou leis) que regule seus cargos, serviços e funções, por força do disposto no art. 73, combinado com o art. 96, inciso II, ambos da Constituição da

República. Essa prerrogativa do Tribunal de Contas da União contempla, também, o poder de iniciativa da lei de organização do Ministério Público que atua junto à Corte de Contas (CF, art. 130).

Ademais, cabe lembrar que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal dispõem de iniciativa de lei para fixação da remuneração dos seus respectivos cargos, empregos e funções (CF, art. 51, IV, e art. 52, XIII).

Observa-se que a outorga de legitimação para a iniciativa das leis é bastante ampla e democrática, pois abarca, além dos próprios cidadãos, órgãos dos três poderes da República - Executivo, Legislativo e Judiciário -, constituindo elemento importante na manutenção do equilíbrio e harmonia entre eles.

O legitimado que apresentou o projeto de lei pode solicitar a sua **retirada,** o que implicará a desistência do prosseguimento da apreciação da respectiva matéria. Porém, a desistência não constitui ato unilateral. O requerimento de retirada poderá ser deferido ou indeferido pelas Casas Legislativas, de acordo com as regras regimentais.[2]

3.1.1. Espécies de iniciativa

A iniciativa é dita **parlamentar** quando outorgada a todos os membros do Congresso Nacional, deputados federais ou senadores da República.

A iniciativa é **extraparlamentar** quando conferida a órgãos e pessoas não-integrantes do Congresso Nacional. Na vigente Constituição, possuem iniciativa extraparlamentar o Chefe do Executivo, os Tribunais do Poder Judiciário, o Procurador-Geral da República e os cidadãos, estes por meio da denominada iniciativa popular.

A iniciativa é dita geral quando outorgada a determinada autoridade ou órgão para a apresentação de projeto de lei sobre matérias diversas, indeterminadas.

Na vigente Constituição, a iniciativa geral compete concorrentemente ao Presidente da República, a qualquer deputado ou senador, a qualquer comissão das Casas do Congresso Nacional e aos cidadãos, estes por meio da iniciativa popular.

A denominação "iniciativa geral" não significa, porém, que caiba aos legitimados com ela contemplados a competência para a iniciativa das leis sobre qualquer matéria. Na Constituição Federal de 1988, ninguém possui, propriamente, iniciativa geral, irrestrita. Isso porque devem ser respeitadas as

[2] Os Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal disciplinam a matéria nos arts. 104 e 256, respectivamente.

hipóteses de iniciativa reservada, adiante examinadas. A expressão "iniciativa **geral"** deve ser entendida, portanto, como indicativa de que os legitimados com **ela** contemplados poderão dar início ao processo legislativo sobre quaisquer matérias, **ressalvadas as hipóteses de iniciativa reservada.**

A iniciativa é **restrita** quando outorgada a determinada autoridade ou órgão para a apresentação de projeto de lei sobre matérias especificamente apontadas na Constituição. É o caso da iniciativa conferida ao Procurador-Geral da República, que somente dispõe de competência para apresentação de projetos de lei concernentes às matérias expressamente indicadas no texto constitucional (CF, art. 128, §§ 2.° e 5.°). O mesmo ocorre com os Tribunais do Poder Judiciário, que somente dispõem de iniciativa para as matérias de sua alçada, conforme indicado na Constituição (CF, arts. 93 e 96, II).

A iniciativa é **reservada** (exclusiva ou privativa)[3] quando só determinado órgão ou autoridade tem o poder de propor leis sobre certa matéria.

São exemplos de iniciativa reservada na Constituição Federal:

a) do Chefe do Executivo, para as matérias arroladas nos arts. 61, § 1.°, e 165, I, II e III;

b) do Supremo Tribunal Federal, para a lei complementar do Estatuto da Magistratura (art. 93);

c) do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, para a criação e extinção de cargos de seus membros ou de seus serviços auxiliares, bem como à fixação dos respectivos vencimentos, a alteração do número de membros dos tribunais inferiores, a criação ou extinção destes, a alteração da organização e da divisão judiciária (art. 96, II);

d) do Procurador-Geral da República, para a criação e extinção de cargos e serviços auxiliares (art. 127, § 2.°).

A iniciativa é dita **concorrente** quando pertence, simultaneamente, a mais de um legitimado. É o caso, por exemplo, da iniciativa de lei sobre organização do Ministério Público da União, concorrente entre o Presidente da República e o Procurador-Geral da República (CF, art. 61, § 1.°, II, *d* c/c art. 128, § 5.°).

Por fim, fala-se em iniciativa **vinculada** para designar aquelas situações em que o legitimado é obrigado a dar início ao processo legislativo, na forma **e** prazos estabelecidos pela Constituição.

[3] Em se tratando de iniciativa de lei, as terminologias *privativas, reservadas* e *exclusivas* têm significado jurídico semelhante. O mesmo não acontece quando nos referimos ao estudo do tópico repartição de competências, em que a competência administrativa *exclusiva* da União (art. 21) não se confunde com a competência legislativa *privativa* da União (art. 22).

Na vigente Constituição, são **vinculadas** as iniciativas das leis orçamentárias (Lei do Plano Plurianual - PPA, Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e Lei do Orçamento Anual - LOA), cujos projetos deverão ser apresentados ao Legislativo, privativamente pelo Chefe do Executivo, nos prazos estabelecidos pela Constituição. O texto constitucional estabelece que os prazos para apresentação das leis orçamentárias deverão ser estabelecidos em lei complementar (art. 166, § 6.°). Enquanto não estabelecidos em lei complementar, deverão ser observados os prazos previstos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT (art. 35, § 2.°).

3.1.2. Iniciativa e Casa iniciadora

A iniciativa de cada parlamentar ou de comissão é exercida perante sua respectiva Casa. Assim, a apreciação dos projetos de lei de iniciativa dos deputados ou de comissão integrante da Câmara dos Deputados terá início nesta Casa Legislativa, atuando o Senado Federal como casa revisora. Ao invés, se o projeto de lei é de iniciativa de senador ou de comissão do Senado Federal, esta Casa iniciará a sua apreciação e a revisão caberá à Câmara dos Deputados.

A iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores, do Procurador-Geral da República e dos cidadãos (iniciativa popular) será exercida perante a Câmara dos Deputados.

Caso a iniciativa seja de Comissão Mista do Congresso Nacional (integrada por deputados e senadores), o projeto de lei deverá ser apresentado alternadamente na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, conforme dispositivo do Regimento Comum do Congresso Nacional.[4]

Como se vê, ressalvada a iniciativa de senador, de comissão do Senado Federal ou de comissão mista, todas as demais iniciativas previstas no art. 61 da Constituição Federal são exercidas perante a Câmara dos Deputados.

3.1.3. Iniciativa popular

A iniciativa popular é um dos meios de participação direta do cidadão na vida do Estado, nos atos de governo. Além da faculdade de iniciativa popular, a soberania popular é exercida pelo sufrágio universal - sendo o voto direto, secreto e periódico -, e pode ser, ainda, exercida pelo plebiscito e pelo referendo (CF, art. 14).

[4] Art. 142. Os projetos elaborados por Comissão Mista serão encaminhados, alternadamente, ao Senado e à Câmara dos Deputados.

A iniciativa popular é uma iniciativa geral, isto é, o projeto de lei resultante de iniciativa popular poderá versar sobre quaisquer matérias, ressalvadas aquelas abrangidas pela iniciativa reservada.

A Constituição Federal não outorgou a iniciativa popular a qualquer do povo, mas tão-somente ao **cidadão,** isto é, ao detentor da denominada capacidade eleitoral ativa (capacidade de votar), possuidor do título eleitoral, no pleno gozo dos direitos políticos.

Ademais, não é qualquer cidadão, individualmente, que poderá apresentar um projeto de lei à Câmara dos Deputados. A Constituição exige a subscrição do projeto por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles (CF, art. 61, § 2.°).

No âmbito dos estados-membros e do Distrito Federal, a Constituição Federal deixou à lei a tarefa de dispor sobre a iniciativa popular no processo legislativo (CF, art. 27, § 4.°, e art. 32, § 3.°).

A respeito do processo legislativo municipal, estabeleceu a Constituição Federal a possibilidade de iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado (CF, art. 29, XIII).

O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto, e não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por meio de seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação (Lei n.° 9.709/1998, art. 13).

No mais, o projeto de lei resultante de iniciativa popular segue o processo legislativo ordinário, isto é, poderá ser objeto de emendas parlamentares ou rejeitado por qualquer das Casas do Legislativo (exceto por vício de forma), estará sujeito à sanção ou veto do chefe do Executivo etc.

3.1.4. Iniciativa privativa do Chefe do Executivo

O art. 61, § 1.°, da Constituição Federal enumera as matérias cuja iniciativa de lei é privativa do Presidente da República.

Segundo orientação consagrada no STF, esse dispositivo, corolário do princípio da separação de Poderes, é de observância obrigatória para os estados, o Distrito Federal e os municípios.

Com base nesse entendimento, temos que as matérias cuja discussão legislativa depende de iniciativa privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1.°), devem sujeitar-se à análoga exigência no âmbito dos estados-

membros, do Distrito Federal e dos municípios, que, ao disciplinarem o seu respectivo processo legislativo, somente poderão atribuir o poder de iniciativa de leis concernentes àquelas matérias ao Chefe do Executivo.

Assim, por exemplo, no plano federal, as leis que disponham sobre a criação de cargos na Administração Direta e autárquica ou aumento de sua remuneração são de iniciativa privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1.°, II, "a"). Logo, nos estados-membros, as leis que disponham sobre a criação de cargos na Administração Direta e autárquica estadual ou aumento de sua remuneração são de iniciativa privativa do governador de estado. Da mesma maneira, tal matéria, na esfera municipal, dependerá de iniciativa do prefeito.

Ademais, a iniciativa reservada estabelecida no art. 61, § 1.°, da Constituição Federal restringe, igualmente, a atuação do legislador constituinte estadual (tanto na elaboração da Constituição, quanto na promulgação de emendas a ela) e a do legislador da Lei Orgânica do município e do Distrito Federal.

Desse modo, as matérias listadas no art. 61, § 1.°, da Constituição Federal não podem ser exaustivamente tratadas na Constituição estadual e na Lei Orgânica do município e do Distrito Federal, sob pena de restar usurpada a iniciativa privativa do Chefe do Executivo.

Significa dizer que é inconstitucional a disciplina pela Constituição do Estado de matérias - a exemplo da relativa a aposentadoria e remuneração de servidores públicos -, incluídas, no processo legislativo ordinário, na reserva de iniciativa do Poder Executivo.

Caso não existisse essa vedação, seria possível, por exemplo, ao Legislativo estadual contornar a reserva de iniciativa, bem como a sujeição a sanção ou veto pelo Governador, simplesmente aprovando emendas constitucionais estaduais - sob o aspecto formal - com conteúdos de verdadeiras leis estaduais sobre qualquer matéria; o *quorum* qualificado de aprovação e a votação em dois turnos estariam substituindo, indevidamente, a reserva de iniciativa e a sujeição da matéria à sanção ou veto.

3.1.5. Iniciativa dos tribunais do Poder Judiciário

Dispõe a Constituição Federal que é da iniciativa privativa do Supremo Tribunal Federal a lei complementar que disporá sobre o Estatuto da Magistratura (CF, art. 93).

Dispôs, ainda, que compete ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça a iniciativa de lei sobre a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; a criação e a extinção de

cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhe forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juizes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; a criação e extinção de tribunais inferiores; a alteração da organização e da divisão judiciárias (CF, art. 96, II).

Cabe ao Tribunal de Justiça a iniciativa da lei de organização judiciária do respectivo estado (CF, art. 125, § 1.º).

3.1.6. Iniciativa em matéria tributária

Estabelece a Constituição Federal que são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre organização administrativa e judiciária, **matéria tributária** e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios (CF, art. 61, § 1.º, II, "b").

Segundo o Supremo Tribunal Federal, esse dispositivo constitucional, ao se referir à iniciativa privativa do Presidente da República em matéria tributária, aplica-se exclusivamente aos tributos que digam respeito aos Territórios Federais. Em qualquer outro caso relativo ao Direito Tributário não há iniciativa legislativa privativa.

O entendimento de que inexiste iniciativa legislativa privativa em matéria tributária aplica-se também aos estados, ao DF e aos municípios, uma vez que, em matéria de iniciativa das leis, é obrigatória a observância do princípio da simetria (adoção de regras análogas por todos os entes integrantes da Federação).

Dessarte, o STF deixou assente que no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios os membros do Poder Legislativo também podem propor projeto de lei sobre matéria tributária, estabelecendo-se uma concorrência entre eles e o Chefe do Executivo. Assim, na esfera federal, a iniciativa será concorrente entre o Presidente da República e os congressistas; na esfera estadual, entre o governador e os deputados estaduais; nos municípios, entre o prefeito e os vereadores.

Em que pese o fato de os julgados do Supremo Tribunal Federal reiteradamente afirmarem que a iniciativa de lei tributária é concorrente entre o Chefe do Executivo e os membros do Legislativo (legítimos representantes do povo), é nossa opinião que também os cidadãos poderão apresentar projeto de lei versando sobre matéria tributária, nas três esferas de governo, no uso da iniciativa popular (afinal, se os representantes do povo podem apresentar tal projeto, com maior razão poderiam os próprios cidadãos, diretamente, fazê-lo).

Até mesmo iniciativa legislativa do Poder Judiciário já foi considerada legítima pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, o STF reconheceu

legitimidade ao Tribunal de Justiça do Mato Grosso para a iniciativa de lei estadual instituidora de uma taxa de polícia (na forma de "selo de controle") cujo fundamento é a fiscalização das atividades dos serviços notariais e de registro, exercida pelo Judiciário daquele estado.[5]

3.1.7. Iniciativa da lei de organização do Ministério Público

Dispõe a Constituição Federal que são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre a organização do Ministério Público da União (CF, art. 61, § 1.°, II, "d"). Entretanto, no art. 128, § 5.°, da mesma Constituição, faculta-se ao Procurador-Geral da República a iniciativa de lei sobre a organização do Ministério Público da União.

A necessária harmonização dos citados dispositivos leva à conclusão de que a iniciativa da lei complementar de organização do Ministério Público da União é **concorrente** entre o Presidente da República e o Procurador-Geral da República.

Na esfera estadual, também é facultada ao Procurador-Geral de Justiça de cada estado-membro a iniciativa da lei complementar de organização do Ministério Público local (CF, art. 128, § 5.°). Logo, a iniciativa da lei complementar de organização do Ministério Público estadual é **concorrente** entre o Governador de Estado e o Procurador-Geral de Justiça.

No âmbito do Distrito Federal, considerando que compete à União organizar e manter o Ministério Público local (CF, art. 21, XIII), e que o Ministério Público do Distrito Federal é um ramo do Ministério Público da União (CF, art. 128, I, "d"), a iniciativa da lei complementar de organização do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, exercida perante o Congresso Nacional, é **concorrente** entre o Procurador-Geral da República e o Presidente da República.

Cabe destacar, porém, que a concorrência entre o Procurador-Geral e o Chefe do Executivo não se aplica aos Ministérios Públicos que atuam junto aos Tribunais de Contas (CF, art. 130), uma vez que estes integram a estrutura das respectivas Cortes de Contas. Em relação a eles, entende o STF que sua organização deverá ser veiculada por meio de lei ordinária de iniciativa privativa do respectivo Tribunal de Contas (da União, dos estados-membros, do Distrito Federal - ou dos municípios, onde houver).

Vale lembrar que a iniciativa de lei para a **organização do Ministério Público** não pode ser confundida com a iniciativa de lei para dispor sobre a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, a política remuneratória

[5] ADI 3.151/MT, rei. Min. Carlos Britto, 08.06.2005.

e os planos de carreira respectivos (que, nos termos do § 2.° do art. 127 da Constituição, é de iniciativa **privativa do respectivo Ministério Público),** tampouco com a iniciativa de lei para dispor sobre normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, que é **privativa do Presidente da República,** por determinação do art. 61, § 1.°, II, *d*, da Constituição.

3.1.8. Prazo para exercício de iniciativa reservada

Não pode o Poder Legislativo fixar prazo para que o detentor de iniciativa reservada apresente projeto de lei sobre a respectiva matéria, tampouco o Poder Judiciário compelir outro Poder ao exercício de iniciativa reservada.

Segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, a iniciativa legislativa é prerrogativa política, cuja omissão não encontra solução satisfatória na ordem jurídica, em face do postulado da separação de Poderes.

Assim, nas hipóteses de reserva constitucional de iniciativa, não pode o Poder Judiciário, em face de uma situação de omissão legislativa, compelir o órgão competente a supri-la, exigindo o exercício do seu poder privativo de iniciativa do processo legislativo.

Da mesma forma, não pode o Poder Legislativo fixar prazo para o exercício do poder de iniciativa reservada a outros órgãos, como o Presidente da República e os tribunais do Poder Judiciário.[6] É que, segundo o STF, a outorga constitucional de iniciativa privativa traz, implicitamente, o poder de decidir sobre o momento oportuno de exercer tal prerrogativa, de dar início ao processo legislativo.

Com base nesse entendimento - caber ao detentor da iniciativa reservada decidir o momento e conveniência para iniciar o processo legislativo -, o STF tem declarado a inconstitucionalidade de dispositivos de Constituições estaduais que fixam prazos para que o Chefe do Executivo ou o Poder Judiciário apresente projeto de lei de sua iniciativa privativa.

É oportuno lembrar, no entanto, que o princípio da separação de Poderes não obsta a que venha o Poder Judiciário, em ação própria - mandado de injunção ou ação direta de inconstitucionalidade por omissão -, reconhecer a mora do detentor de iniciativa reservada, quanto à observância de preceito constitucional que lhe imponha o dever de legislar, para o fim de, sendo o caso, declarar a inconstitucionalidade de sua inércia.

Por fim, cabe ressaltar que essa vedação quanto à fixação de prazo não se aplica, evidentemente, às hipóteses em que o próprio texto da Constitui-

[6] ADI 645/DF, rei. Min. limar Galvão.

ção Federal - originário ou derivado - fixa prazo para a apresentação de determinados projetos de lei (ADCT, art. 35, § 2.°; art. 5.° da EC n.° 42, de 2003).

3.1.9. Iniciativa privativa e emenda parlamentar

Questão relevante é a que diz respeito ao poder de emenda parlamentar a projeto de iniciativa reservada a outro Poder da República.

Apresentado um projeto de lei pelo Presidente da República, no uso de sua iniciativa privativa (CF, art. 61, § 1.°), poderá o referido projeto ser objeto de emendas apresentadas pelos congressistas?

A resposta é afirmativa.

É firme o entendimento do STF de que, mesmo nas hipóteses de iniciativa reservada a outros Poderes da República, a apresentação de projeto de lei pelo seu detentor não impede que os congressistas a ele apresentem emendas.

Esse poder de emenda parlamentar a projeto resultante de iniciativa reservada, porém, não é ilimitado, absoluto. Segundo orientação do STF, a reserva de iniciativa a outro Poder não implica vedação de emenda de origem parlamentar desde que: (a) o conteúdo da emenda seja pertinente à matéria tratada no projeto de lei; e (b) a emenda não acarrete aumento de despesa nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República (ressalvado o disposto no art. 166, §§ 3.° e 4.°, da CF) e nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos tribunais federais e do Ministério Público.

Em síntese, é possível a apresentação de emendas pelos congressistas aos projetos de lei resultantes de iniciativa reservada, desde que:

a) não impliquem aumento de despesa nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República (ressalvadas as emendas aos projetos orçamentários - CF, art. 63, I, c/c art. 166, §§ 3.° e 4.°) e nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos tribunais federais e do Ministério Público;

b) tenham pertinência temática com a matéria tratada no projeto apresentado.

É firme a jurisprudência do STF de que a sanção do projeto de lei **não** convalida o defeito de emenda parlamentar.

Assim, se, nos projetos de lei resultantes de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo, forem apresentadas emendas parlamentares com um dos vícios

acima apontados (aumento de despesa ou ausência de pertinência temática), a lei resultante padecerá de inconstitucionalidade, mesmo que o Presidente da República sancione o projeto aprovado pelo Legislativo.

3.1.10. Vício de iniciativa e sanção

Questão relevante quanto às hipóteses de iniciativa reservada é saber se a sanção do Chefe do Executivo tem o condão de suprir vício havido na apresentação do projeto de lei.

Se ocorrer usurpação da iniciativa reservada aos tribunais do Poder Judiciário, não há dúvida de que estaremos diante de flagrante inconstitucionalidade. Nenhuma divergência há sobre essa hipótese, por uma razão evidente: a lei decorrente da usurpação de iniciativa terá sido promulgada sem que o único legitimado constitucionalmente - o tribunal ao qual competia a iniciativa reservada - tenha sobre ela se manifestado em algum momento, e sem que tenha possibilidade de o fazer, uma vez que os tribunais não têm o poder de vetar os projetos aprovados pelo Legislativo. Portanto, de modo nenhum seria razoável defender que a sanção, pelo Poder Executivo, de projeto que usurpou iniciativa privativa dos tribunais, tivesse o efeito de convalidar o vício.

Situação distinta ocorre quando há usurpação da iniciativa reservada ao Chefe do Executivo e este, em momento posterior, vem a sancionar, expressa ou tacitamente, o projeto oriundo da iniciativa viciada. Caso um congressista apresente um projeto de lei sobre matéria reservada à iniciativa do Presidente da República, que venha a ser aprovado pelas Casas do Congresso Nacional e posteriormente sancionado pelo Chefe do Executivo, teria a sanção o condão de suprir o vício de iniciativa? A usurpação de iniciativa reservada restaria convalidada com a sanção do Chefe do Executivo?

É firme a jurisprudência do STF de que a sanção do projeto de lei **não** convalida o defeito de iniciativa.

Portanto, o defeito de iniciativa não é suprido pela posterior sanção do Chefe do Executivo. Significa dizer que, ainda que sancionado o projeto de lei resultante de iniciativa viciada, a respectiva lei padecerá de inconstitucionalidade formal, cujo reconhecimento poderá ser requerido, nas vias próprias, ao Poder Judiciário.

3.2. Fase constitutiva

A fase constitutiva compreende duas atuações distintas: uma atuação legislativa, em que o projeto de lei apresentado será discutido e votado nas

duas Casas do Congresso Nacional, e uma manifestação do Chefe do Executivo, por meio da sanção ou veto, caso o projeto venha a ser aprovado nas duas Casas do Congresso Nacional.

Se o projeto for aprovado pelo Legislativo e vetado pelo Chefe do Executivo, teremos, ainda na fase constitutiva, a obrigatória apreciação do veto pelo Congresso Nacional.

3.2.1. Abolição da aprovação por decurso de prazo

A aprovação por decurso de prazo ocorre quando se fixam prazos fatais para a deliberação parlamentar, considerando-se tacitamente aprovada a espécie legislativa, se o referido prazo escoar sem sua rejeição expressa.

A vigente Constituição aboliu do nosso ordenamento a figura do "decurso de prazo", que permitia a aprovação de projetos pela simples expiração do prazo previsto para a sua análise, sem que houvesse qualquer apreciação por parte do Congresso Nacional. Com isso, não há mais a possibilidade de o Poder Legislativo aprovar tacitamente, por decurso de prazo, projetos de lei no Brasil.

Em verdade, o único resquício de manifestação tácita que temos no processo legislativo brasileiro ocorre no âmbito do Poder Executivo, em que o silêncio do Chefe do Executivo implica sanção tácita (CF, art. 66, § 3.°).

3.2.2. Atuação prévia das comissões

Apresentado o projeto de lei ao Congresso Nacional, começa a fase de discussão de suas proposições, com vistas a delinear o conteúdo a ser aprovado pelo Poder Legislativo - se o projeto vier a ser aprovado, evidentemente.

Na Casa Legislativa iniciadora, o projeto de lei passará, então, para a fase de instrução, sendo submetido à apreciação das comissões.

Em regra, o projeto é submetido à apreciação de duas comissões distintas, uma delas encarregada de examinar aspectos materiais (comissão temática ou técnica), e a outra incumbida de analisar os aspectos formais, ligados à sua constitucionalidade (Comissão de Constituição e Justiça).

Assim, antes da discussão e votação em Plenário, os projetos de lei são examinados pelas comissões temáticas da Casa Legislativa com as quais suas matérias guardem pertinência. Um projeto poderá ter pertinência temática com uma ou mais comissões técnicas, devendo ser examinado por todas elas.

Essas comissões são denominadas "temáticas" porque são estabelecidas regimentalmente de acordo com o assunto que devam examinar. Cada comis-

são aprecia projetos relacionados a determinada matéria, campos temáticos ou áreas de atividade específicas (Comissão de Agricultura e Política Rural; Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática; Comissão de Finanças e Tributação etc). Representam, em verdade, uma divisão de trabalho para facilitar os trabalhos legislativos, para melhorar o desempenho das Casas Legislativas na discussão e aprovação das espécies normativas.

Caberá às comissões temáticas a discussão sobre o conteúdo da proposição, da qual poderá resultar a apresentação de emendas ou simplesmente a emissão de um parecer, a favor ou contra a aprovação da matéria. O parecer das comissões temáticas é meramente opinativo, não obriga a deliberação plenária. Assim, mesmo diante de parecer contrário à aprovação da matéria, segue a sua tramitação, para ulterior apreciação pelo Plenário da Casa. Vale dizer, o parecer negativo **não** implica rejeição do projeto.

O projeto também passará por um exame de natureza formal, de competência da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), em que serão verificados os seus aspectos constitucionais, legais, jurídicos, regimentais e de técnica legislativa.

Ao contrário dos pareceres das comissões temáticas, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça - CCJ é terminativo, e não meramente opinativo. Significa dizer que, se o projeto receber parecer negativo da CCJ, será ele rejeitado e arquivado, não havendo, daí por diante, nenhuma tramitação.

Aprovado nas comissões - quanto aos aspectos materiais e formais -, o projeto de lei será encaminhado ao plenário da Casa respectiva, onde será objeto de discussão e votação.

Os trabalhos das comissões - exame prévio material e formal do projeto de lei - desenvolvem-se tanto na Casa Legislativa iniciadora quanto na Casa revisora.

3.2.3. Deliberação plenária

Na Casa Legislativa, o projeto em votação será aprovado por maioria simples ou relativa (CF, art. 47), se se tratar de lei ordinária, ou por maioria absoluta (CF, art. 69), caso se trate de lei complementar, seguindo o trâmite a seguir examinado.

Devidamente instruído, o projeto será posto em discussão e, no passo seguinte, em votação, sempre na forma estabelecida nos regimentos das Casas Legislativas.

Na Casa iniciadora, o projeto poderá ser aprovado ou rejeitado. Caso ocorra sua aprovação, será encaminhado à outra Casa para revisão. Se rejeitado, será arquivado, aplicando-se-lhe o princípio da irrepetibilidade, isto

é, a respectiva matéria somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (CF, art. 67).

Na Casa revisora, após a tramitação regimental (comissões, discussão e votação), uma destas três hipóteses pode ocorrer: o projeto ser aprovado como foi recebido da Casa iniciadora, ser aprovado com emendas ou ser rejeitado.

Na primeira hipótese - aprovação sem emendas -, o projeto será encaminhado ao Chefe do Executivo, para sanção ou veto.

Na terceira hipótese - rejeição -, o projeto será arquivado, aplicando-se-lhe o princípio da irrepetibilidade, isto é, a respectiva matéria somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (CF, art. 67).

Na segunda hipótese - aprovação com emendas -, o projeto voltará à Casa iniciadora, para que esta aprecie exclusivamente as emendas. Se as emendas forem aceitas, o projeto com as emendas aprovadas é enviado ao Chefe do Executivo, para sanção ou veto. Se rejeitadas, o projeto é enviado, sem as emendas, para o mesmo fim (isto é, o projeto seguirá para sanção ou veto com o texto originário da Casa iniciadora).

Nesse ponto, é relevante destacarmos uma característica do nosso processo legislativo federal de elaboração das leis.

No processo legislativo de elaboração das leis, as Casas do Congresso Nacional não atuam em pé de igualdade. Há nítida predominância da atuação da Casa iniciadora sobre os trabalhos da Casa revisora.

Com efeito, a vontade da Casa que iniciou a apreciação do projeto prevalece, porquanto se impõe até mesmo contra as emendas introduzidas pela Casa revisora.

Em síntese, temos o seguinte:

a) a Casa iniciadora aprova o texto do projeto de lei e o envia à Casa revisora;

b) esta, se o emendar, deverá retornar o projeto emendado para a Casa iniciadora, para que ela aprecie, exclusivamente, as emendas feitas;

c) se a Casa iniciadora rejeitar integralmente as emendas propostas pela Casa revisora, mesmo assim o projeto seguirá para o Chefe do Executivo, para o fim de sanção ou veto, com a redação original, dada por ela, Casa iniciadora.

Essa peculiaridade do processo legislativo das leis - na esfera federal, em que a apreciação segue o bicameralismo - faz com que, na prática, a

Câmara dos Deputados tenha um papel preponderante na elaboração normativa, uma vez que esta Casa é que funciona, na maioria das vezes, como Casa iniciadora (conforme vimos, ressalvadas as iniciativas dos senadores e das comissões do Senado Federal, todas as demais são exercidas perante a Câmara dos Deputados).[7]

Após a aprovação do projeto nas duas Casas do Congresso Nacional, ele seguirá para a fase do autógrafo, que constitui o documento formal que reproduz o texto definitivamente aprovado pelo Legislativo, consubstanciando, com absoluta fidelidade, o resultado da deliberação das Casas do Congresso Nacional, antes do encaminhamento ao Chefe do Executivo. O autógrafo constitui, portanto, o documento que formaliza, com exatidão, o texto do projeto de lei aprovado pelo Legislativo.

Depois de aprovado nas duas Casas do Congresso Nacional, o projeto de lei será encaminhado ao Presidente da República, para o fim de sanção ou veto.

Recebido o projeto pelo Chefe do Executivo, ele poderá adotar uma destas três medidas: sancioná-lo expressamente, sancioná-lo tacitamente ou vetá-lo.

Ocorrerá a sanção expressa se o Presidente da República concordar com o texto aprovado pelo Legislativo, formalizando, por escrito, o ato de sanção no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento. Decidindo pela sanção expressa, o Chefe do Executivo, subseqüentemente, promulgará e determinará a publicação da lei.

Ocorrerá a sanção tácita se o Presidente da República deixar transcorrer o prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento do projeto de lei, sem emitir qualquer manifestação quanto a ele. Esgotado esse prazo sem sua manifestação expressa, o silêncio importará sanção tácita. Nessa hipótese, o Presidente da República disporá do prazo de quarenta e oito horas para promulgar a lei resultante da sanção tácita. Se não o fizer nesse prazo, o Presidente do Senado, em igual prazo, a promulgará. Se este não o fizer, no prazo estabelecido, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo (CF, art. 66, § 7.°).

Caso o Presidente da República considere o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, deverá vetá-lo, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, comunicando ao Presidente do Senado Federal, no prazo de quarenta e oito horas, os motivos do veto (CF, art. 66, § 1.°).

[7] Vale lembrar, também, que os projetos de lei propostos por comissão mista do Congresso Nacional (integrada por deputados e senadores) serão encaminhados, altemadamente, ao Senado e à Câmara dos Deputados, segundo o artigo 142 do Regimento Comum do Congresso Nacional.

O veto será apreciado em sessão conjunta do Congresso Nacional, dentro de trinta dias, a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos deputados e senadores, em escrutínio secreto (CF, art. 66, § 4.°).

Na hipótese de transcorrer esse prazo de trinta dias sem que haja deliberação, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final (CF, art. 66, § 6.°).

Cabe notar que o esgotamento do prazo para a apreciação do veto não tranca a pauta da Câmara dos Deputados ou a do Senado Federal, mas, tão-somente, a pauta da imediata sessão **conjunta** do Congresso Nacional. Isso assim é porque, sendo o veto apreciado em sessão conjunta do Congresso Nacional, deve-se entender como "sessão imediata" a sessão conjunta seguinte. Enfim, tranca-se a pauta das subseqüentes sessões conjuntas do Congresso Nacional, e não a pauta das Casas Legislativas (Câmara e Senado).

Se houver rejeição do veto, por maioria absoluta dos deputados e senadores, a matéria será encaminhada, para promulgação, ao Presidente da República. Este disporá, então, do prazo de quarenta e oito horas para emitir o ato de promulgação. Se não o fizer nesse prazo, o Presidente do Senado, em igual prazo, a promulgará. Se este não o fizer, no prazo estabelecido, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo (CF, art. 66, § 7.°).

Caso o veto seja mantido, o projeto será arquivado, aplicando-se-lhe o princípio da irrepetibilidade, isto é, a respectiva matéria somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (CF, art. 67)."

3.2.4. Aprovação definitiva pelas comissões

A Constituição Federal outorga competência às comissões para discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência

Segundo orientação do STF, o art. 67 da Constituição - que consagra o postulado da irrepetibilidade dos projetos rejeitados na mesma sessão legislativa - não impede o Presidente da República de submeter, à apreciação do Congresso Nacional, reunido em convocação extraordinária (CF, art. 57, § 6.°, II), projeto de lei versando, total ou parcialmente, sobre a mesma matéria que constituiu objeto de projeto rejeitado pelo Parlamento, em sessão legislativa ordinária realizada no ano anterior (ADI 2.010/DF, rei. Min. Celso de Mello).
Deve-se registrar, também, que o princípio da irrepetibilidade de projeto de lei rejeitado na mesma sessão legislativa (CF, art. 67) é de observância obrigatória por parte dos estados-membros, Distrito Federal e municípios.

do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa[9] (CF, art. 58, § 2.°, I).

Cuida-se de meio de racionalização dos trabalhos legislativos, visando a assegurar maior celeridade ao processo, mediante a realização dos debates e da aprovação, no interior das próprias comissões, daquelas matérias consensuais, que não justificam os demorados debates no Plenário. Com isso, temos a possibilidade de um projeto de lei vir a ser aprovado nas próprias comissões, sem que tenha havido qualquer deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Cabe aos regimentos das Casas Legislativas especificar os projetos que poderão ser votados em caráter definitivo nas comissões, sem necessidade de deliberação plenária.

Ressalte-se, contudo, que os congressistas podem inibir a deliberação conclusiva ou terminativa nas comissões, obrigando a que o projeto seja levado ao exame do Plenário, desde que apresentem, nos termos do art. 58, § 2.°, inciso I, da Constituição Federal, recurso assinado por, pelo menos, um décimo dos membros da respectiva Casa.

3.2.5. Sanção

Sanção é a concordância do Chefe do Poder Executivo com o projeto de lei aprovado pelo Legislativo. É o ato que completa a fase constitutiva do processo legislativo de elaboração das leis.

A sanção incide sobre o projeto de lei, dando origem, com a sua incidência, ao nascimento da lei, resultado da conjugação das vontades dos Poderes Legislativo e Executivo. É ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, não existindo nenhuma hipótese de sanção por parte do Legislativo.

A sanção poderá ser expressa ou tácita. Será expressa quando o Chefe do Executivo der sua aquiescência formal, escrita, no prazo de quinze dias úteis contados do recebimento do projeto. Será tácita se o Presidente permanecer silente, deixando escoar esse prazo sem manifestação de discordância.

Não há, entre nós, como decorrência da falta de manifestação do Presidente da República, a caducidade do projeto *(pocket* veto). A ausência de sanção expressa no prazo constitucional de quinze dias úteis não faz caducar o projeto (não há veto tácito), mas sim o torna lei, por consubstanciar sanção tácita.

[9] Essa possibilidade de aprovação definitiva pelas comissões é denominada **delegação *interna corporis*** por parte da doutrina.

Impende salientar que, embora a **participação** do Chefe do Executivo seja imprescindível para a formação das leis no Direito brasileiro, a sua **concordância** com o texto aprovado pelo Legislativo não o é, porquanto existe a possibilidade de haver lei sem sanção (nem expressa, nem tácita).

Essa hipótese - promulgação de lei sem sanção, expressa ou tácita, do Chefe do Executivo - ocorre quando há rejeição do veto presidencial pelo Congresso Nacional, sendo a matéria objeto do veto rejeitado enviada para promulgação do Presidente da República (CF, art. 66, § 5.°). Ora, nessa situação o Presidente da República, no momento anterior, quando recebeu o projeto para o fim de sanção ou veto, optou por vetá-lo; posteriormente, tendo sido o veto rejeitado pelo Congresso Nacional, não cabe mais cogitar de sanção; a matéria é diretamente encaminhada para promulgação e publicação. Completa-se, assim, a formação da lei, sem a aquiescência do Chefe do Executivo (sem sanção, expressa ou tácita).

Ademais, a sanção ao projeto de lei pelo Chefe do Executivo não impede que, ulteriormente, a lei resultante seja por ele impugnada perante o Poder Judiciário. Com efeito, pode o Presidente da República sancionar o projeto de lei e, mais tarde, questionar a validade da lei resultante mediante uma ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo.

Por fim, cabe esclarecer que, embora a regra no Direito brasileiro seja a conjugação da vontade de dois Poderes, Legislativo e Executivo, para a produção legislativa, completando-se a formação da espécie normativa com a sanção deste ao projeto aprovado por aquele, existem certos atos integrantes do nosso processo legislativo que prescindem de sanção. São eles: as emendas constitucionais, as leis delegadas, os decretos legislativos e as resoluções.[10]

3.2.6. Veto

O veto é a manifestação de discordância do Chefe do Executivo com o projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo. É o poder constitucionalmente outorgado ao Chefe do Executivo, em caráter exclusivo, para recusar sanção a projeto de lei já aprovado pelo Legislativo.

[10] As medidas provisórias, caso aprovadas pelo Congresso Nacional sem alteração substancial (hipótese de conversão integral), também não se submetem à sanção ou veto do Chefe do Executivo. Diferentemente, na hipótese de serem introduzidas modificações pelas Casas do Congresso Nacional (hipótese de conversão parcial), o Legislativo encaminhará o projeto de lei de conversão da medida provisória ao Chefe do Executivo para o fim de sanção ou veto. Como se vê, a medida provisória, propriamente dita, não se submete à sanção ou veto pelo Presidente da República. Se for o caso, o documento que estará sujeito a sanção ou veto será um projeto de lei de conversão (assim chamado exatamente porque foram introduzidas alterações pelo Congresso Nacional ao texto original da medida provisória), não propriamente uma medida provisória.

Dispõe a Carta da República que, se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, veta-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto (art. 66, § 1.º).

Vê-se, assim, que o veto poderá resultar de um juízo de reprovação concernente à compatibilidade entre a lei e a Constituição (entendimento de que há inconstitucionalidade formal ou material da lei) ou de um juízo negativo do conteúdo da lei quanto a sua conveniência aos interesses da coletividade, ou à oportunidade de sua edição (contrariedade ao interesse público), por parte do Presidente da República. No primeiro caso (inconstitucionalidade), estaremos diante do chamado **veto jurídico;** no segundo (contrariedade ao interesse público), do **veto político.**

Ao vetar o projeto por inconstitucionalidade, o Presidente da República desempenha o papel de defensor da Constituição, exercendo controle preventivo de constirucionalidade, com o fim de evitar que uma lei inconstitucional venha a ser inserida no ordenamento jurídico.

Ao recusar a sanção por entender que o projeto é contrário ao interesse público, o Presidente da República emite um juízo político de conveniência, atuando como representante e defensor da sociedade, como fiscal da conveniência e da oportunidade de reprovar um projeto de lei.

Observa-se, também, que o veto é um ato composto, que compreende a manifestação de vontade negativa do Presidente da República mais a comunicação fundamentada dessa discordância ao Presidente do Senado. A manifestação negativa do Presidente da República, nos quinze dias úteis seguidos ao recebimento do projeto, inibe a sanção tácita; a comunicação fundamentada ao Presidente do Senado, no prazo de quarenta e oito horas, aperfeiçoa o veto.

Quanto ao seu alcance, o veto poderá ser total ou parcial. Será total quando incidir sobre todo o projeto de lei, e parcial quando houver recusa à sanção de apenas alguns dos dispositivos do projeto de lei.

O poder de veto parcial do Presidente da República, porém, não é absoluto, ilimitado. Sofre ele uma relevante restrição constitucional: somente poderá abranger texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea (CF, art. 66, § 2.°).

Essa vedação tem por fim evitar que o Chefe do Executivo vete apenas uma (ou algumas) palavra dentro de um determinado dispositivo, subvertendo o sentido ou o alcance do texto aprovado pelo Legislativo. Obsta que o Chefe do Executivo vete palavras ou expressões isoladas no corpo do projeto de lei, de modo a alterar a sua significação, mudando-lhe o sentido ou o alcance. Seria o caso, por exemplo, do veto à palavra "não" na expressão "não será permitida a doação (...)", que terminaria por alterar completamente a vontade

manifestada pelo Legislativo (nesse exemplo extremo, "criando" uma regra diametralmente oposta à regra original).

Com a proibição do veto de palavra ou expressão isolada impede-se, em última análise, que o Chefe do Executivo atue, indiretamente, por meio do exercício do poder de veto, como legislador positivo, usurpando competência do Poder Legislativo ao "criar" normas que não foram de forma alguma aprovadas (ou mesmo previstas) pelo Parlamento.

De todo modo, vale registrar que, além da expressa restrição constitucional, somente admitindo o veto parcial incidente sobre texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea, a doutrina converge quanto à existência de uma outra proibição, esta implícita, que complementa aquela: o veto parcial não pode desnaturar o projeto de lei, tornando ilógicos os dispositivos remanescentes ou incompleto o seu conjunto; tampouco pode modificar o espírito do documento aprovado pelo Parlamento.

No Brasil, o veto parcial não impede que a parte não vetada do projeto (e, portanto, sancionada) seja promulgada e publicada, de imediato, independentemente da apreciação do veto pelo Legislativo.

Exemplificando: suponha que o Chefe do Executivo receba do Poder Legislativo projeto de lei composto de dez artigos. Ao apreciá-los, decide pelo veto de apenas dois dos artigos (veto parcial). Nessa situação, o texto dos dois artigos vetados é encaminhado ao Presidente do Senado Federal, acompanhado da devida motivação, para a apreciação do veto pelo Congresso Nacional. Os oito artigos não vetados (e, portanto, sancionados) não ficam aguardando a apreciação do veto pelo Congresso Nacional, sendo, de imediato, promulgados e publicados (na lei, os artigos vetados serão publicados sem texto, constando a expressão "vetado"). Posteriormente, se o Congresso Nacional decidir pela rejeição do veto em relação aos dois artigos, estes serão encaminhados ao Presidente da República para promulgação e, somente após a devida publicação, começarão a produzir efeitos *(ex nunc).*

O Presidente da República dispõe do prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, para vetar o projeto de lei. Esse prazo para a expressa manifestação do veto é fatal: uma vez transcorrido, o silêncio do Presidente da República importará sanção tácita (CF, art. 66, § 3.°).

É admissível o controle judicial da tempestividade do veto, desde que haja, previamente, manifestação do Poder Legislativo a respeito. Entende o STF que não cabe ao Poder Judiciário pronunciar-se sobre a tempestividade do veto, antes de o Poder Legislativo manifestar-se acerca do assunto.

O veto do Chefe do Executivo será apreciado pelo Congresso Nacional, na forma e no prazo estabelecidos constitucionalmente: o veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só

podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos deputados e senadores, em escrutínio secreto (CF, art. 66, § 4.°).

Esgotado o prazo constitucional para a apreciação do veto, determina a Constituição que o veto seja colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final (CF, art. 66, § 6.°).

Conforme exposto anteriormente, o esgotamento do prazo não tranca a pauta da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, mas, tão-somente, a pauta da imediata sessão conjunta do Congresso Nacional. Como o veto deve ser apreciado em sessão conjunta, tranca-se a pauta das subseqüentes sessões conjuntas do Congresso Nacional, e não a pauta das Casas Legislativas (Câmara e Senado).

O veto somente será rejeitado pela maioria absoluta do Congresso Nacional, manifestada em escrutínio secreto.

Quando o veto é rejeitado pelo Congresso Nacional, segue a lei para promulgação do Presidente da República, que terá o prazo de quarenta e oito horas para fazê-lo. Decorrido esse prazo sem sua manifestação, a competência desloca-se para o Presidente do Senado, que deverá promulgar em igual prazo, sob pena de a competência passar ao Vice-Presidente do Senado (CF, art. 66, § 7.°).

Observa-se que a Constituição não traz regra aplicável no caso de ausência de promulgação pelo Vice-Presidente do Senado. Isso implica afirmar que, a ele, o constituinte não outorgou um poder discricionário para promulgar a lei, mas sim uma obrigação, absolutamente indisponível.

Merece nota, também, o fato de que, nesse caso - rejeição do veto pelo Congresso Nacional - dispensa-se a anuência do Presidente da República para o nascimento da lei. Com efeito, no momento anterior, o Presidente da República vetou o projeto, e é evidente que a rejeição do veto pelo Congresso Nacional não significa aquiescência (sanção) por aquela autoridade. A mera rejeição do veto pelo Congresso Nacional transforma o projeto em lei, perfeita e acabada, que, mesmo sem sanção, seguirá para promulgação.

Ademais, nessa hipótese, nem mesmo a promulgação pelo Presidente da República é indispensável para a entrada em vigor da lei, porque, se ele não o fizer no prazo de quarenta e oito horas, o Presidente do Senado adquirirá competência para promulgá-la. Ocorrendo tal situação, a lei resultará exclusivamente da vontade do Poder Legislativo.

Não há vedação constitucional à rejeição parcial do veto, podendo o Congresso Nacional rejeitar apenas parte do veto imposto pelo Presidente da República (superação parcial de veto).

Assim, é possível a rejeição total ou parcial pelo Congresso Nacional do veto imposto pelo Chefe do Executivo. O Congresso Nacional poderá manter

o veto a certos dispositivos e superar o veto em relação a outros dispositivos do projeto de lei. Dessa forma, podemos ter:

a) rejeição total de um veto total (o Presidente da República vetou integralmente o projeto de lei e o Congresso Nacional rejeitou integralmente o veto imposto);

b) rejeição parcial de um veto total (o Presidente da República vetou integralmente o projeto de lei e o Congresso Nacional rejeitou o veto apenas em relação a certos dispositivos, mantendo-o em relação a outros dispositivos do projeto de lei);

c) rejeição total de um veto parcial (o Presidente da República vetou apenas parte dos dispositivos do projeto de lei e o Congresso Nacional rejeitou integralmente o veto, em relação a todos os dispositivos vetados);

d) rejeição parcial de um veto parcial (o Presidente da República vetou apenas parte dos dispositivos do projeto de lei e o Congresso Nacional rejeitou o veto apenas em relação a alguns dos dispositivos vetados).

Não se obtendo contra o veto a maioria absoluta dos votos do Congresso Nacional, estará ele mantido e conseqüentemente será arquivado o projeto, aplicando-se-lhe o princípio da irrepetibilidade, isto é, a respectiva matéria somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (CF, art. 67).

Se o veto for mantido, o projeto será arquivado, não havendo possibilidade de nova e posterior análise por parte do Poder Legislativo desse mesmo veto. Portanto, além de o veto ser um ato que não admite retratação - isto é, depois de aposto não pode ser retirado pelo Presidente da República -, a sua apreciação pelo Poder Legislativo também é irretratável.

Enfim, podem ser assim resumidas as características do veto no Direito brasileiro:

a) expresso;

b) formal;

c) motivado;

d) supressivo;

e) superável ou relativo;

0 irretratável;

g) insuscetível de apreciação judicial;

h) pode incidir sobre texto adotado pelo próprio Chefe do Executivo.

O veto é ato **expresso,** isto é, deve sempre resultar de uma manifestação efetiva do Presidente da República, porquanto o silêncio do Chefe do Executivo, durante o prazo assinalado para o veto, importa sanção (CF, art. 66, § 3.°). Não existe veto tácito, por decurso de prazo, entre nós; o silêncio implica sanção tácita.

O veto consubstancia **ato formal,** pois deverá ser feito por escrito, assim como devem ser escritas as razões do veto, para o devido encaminhamento ao Presidente do Senado Federal.

O veto será, obrigatoriamente, **motivado.** O Chefe do Executivo poderá vetar o projeto por entendê-lo inconstitucional (veto jurídico) ou contrário ao interesse público (veto político).

O veto é sempre **supressivo,** porque o Chefe do Executivo somente poderá determinar a retirada de dispositivos constantes do projeto de lei, não existindo a possibilidade de adicionar-se algo ao projeto aprovado pelo Legislativo.

O veto é **relativo,** suspensivo ou superável. O veto não é ato de caráter absoluto, que encerre, de maneira definitiva, o processo legislativo em relação aos dispositivos vetados. Esses poderão ser restabelecidos, por deliberação do Congresso Nacional (rejeição do veto), nos termos do art. 66, § 4.°, da Constituição Federal.

Percebe-se, assim, que o efeito do veto entre nós não é o de suspender a entrada em vigor da lei - até porque o veto não incide sobre a lei, mas sobre mero projeto de lei -, mas sim o de retardar o processo legislativo, impondo a obrigatoriedade de reapreciação da matéria pelo Congresso Nacional, agora com os novos fundamentos acrescentados pelo Presidente da República como justificação para sua recusa à sanção.

O veto é **irretratável:** expressada a discordância do Presidente da República e comunicadas as suas razões ao Presidente do Senado Federal, essa manifestação torna-se insuscetível de alteração por parte do Chefe do Executivo.

O veto constitui **ato político** do Chefe do Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, para o fim de controle judicial. Assim, não se admite o controle judicial das razões do veto, em homenagem ao postulado da separação de Poderes (essa restrição aplica-se tanto ao denominado veto político quanto ao veto jurídico).

O veto pode incidir sobre texto apresentado pelo próprio Chefe do Poder Executivo. Com efeito, o Presidente da República pode encaminhar ao Poder Legislativo projeto de lei versando sobre certa matéria e, posteriormente, depois da aprovação pelas Casas do Congresso Nacional, vetar o respectivo projeto, ainda que o veto incida, especificamente, sobre o texto que havia sido proposto pelo próprio Presidente da República.

3.3. Fase complementar

A fase complementar compreende a promulgação e a publicação da lei. Não integram propriamente o processo de elaboração da lei, porque incidem sobre atos que já são leis, desde a sanção ou a superação do veto.

3.3.1. Promulgação

A promulgação é o ato solene que atesta a existência da lei, inovando a ordem jurídica. A promulgação incide sobre a lei pronta, com o objetivo de atestar a sua existência, de declarar a sua potencialidade para produzir efeitos. Em suma: a lei nasce com a sanção, mas tem a sua existência declarada pela promulgação.

A promulgação é um ato de execução, é a autenticação de que uma lei foi regularmente elaborada, de que juridicamente existe e de que, portanto, está apta a produzir efeitos. Por meio dela, o órgão competente verifica a adoção da lei pelo Legislativo, atesta a sua existência e afirma a sua força imperativa e executória.

Em regra, a competência para promulgar a lei é do Chefe do Executivo.

No caso de sanção expressa pelo Presidente da República, a sanção e a promulgação ocorrem ao mesmo tempo. Trata-se de dois atos juridicamente distintos que se perfazem em um mesmo momento.

Há casos em que, diante da omissão do Presidente da República, a promulgação será feita pelo Poder Legislativo. Tal se dá nas hipóteses de sanção tácita e de rejeição do veto, quando o Presidente da República não formaliza a promulgação no prazo de quarenta e oito horas. Em face dessa omissão, caberá ao Presidente do Senado Federal promulgar a lei, também no prazo de quarenta e oito horas, findas as quais a competência - a rigor, a obrigação impreterível de promulgar - passa ao Vice-Presidente do Senado (CF, art. 66, § 7.°).

Há, ainda, no nosso processo legislativo, casos em que a promulgação é ato de competência originária do Poder Legislativo, apontados a seguir.

A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (CF, art. 60, § 3.°).

O decreto legislativo, ato privativo do Congresso Nacional, será promulgado pelo Presidente do Congresso Nacional (que é o Presidente do Senado Federal).

A resolução é promulgada pelo Presidente do órgão que a edita: Presidente do Congresso Nacional, se é deste órgão a resolução; Presidente do Senado Federal ou Presidente da Câmara dos Deputados, se a resolução é, respectivamente, do Senado ou da Câmara.

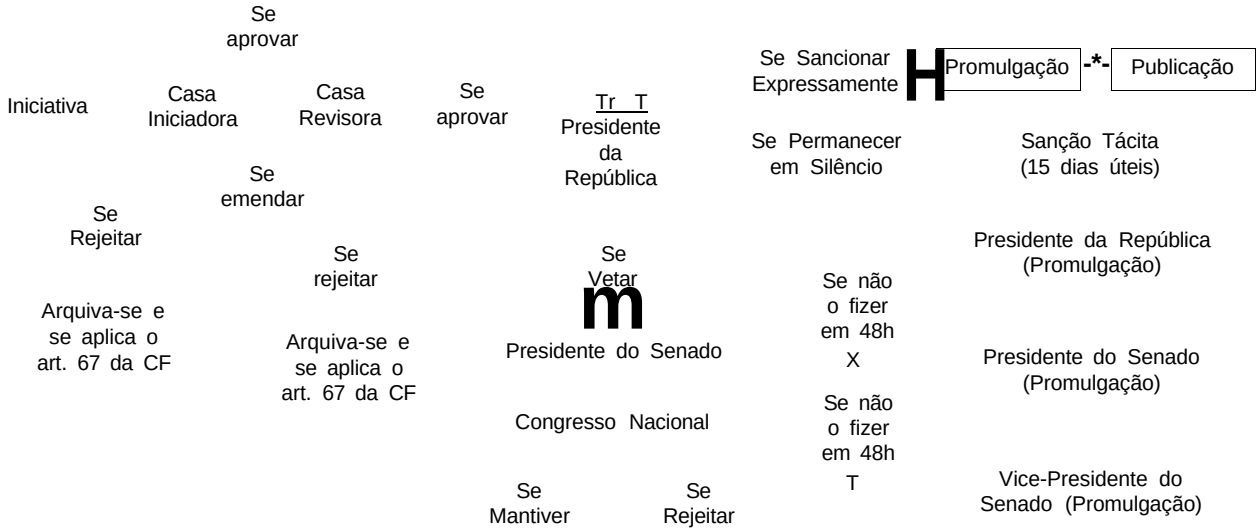
3.3.2. Publicação

A publicação não é, propriamente, fase de formação da lei, mas sim pressuposto para sua eficácia. A publicação é exigência necessária para a entrada em vigor da lei, para a produção de seus efeitos. Atualmente, realiza-se pela inserção da lei no Diário Oficial.

A publicação é uma comunicação destinada a levar o texto da lei ao conhecimento daqueles aos quais obriga. Trata-se de mera comunicação dirigida a todos os que devem cumprir o ato normativo, informando-os de sua existência. É condição de eficácia da lei, visto que esta somente pode ser exigida depois de oficialmente publicada.

Embora muito próximos, promulgação e publicação são atos juridicamente distintos. "Aquela atesta, autentica a existência de um ato normativo válido, executável e obrigatório. Esta comunica essa existência aos sujeitos a que esse ato normativo se dirige. Esta é notícia de um fato, que não se confunde com o fato" (Manoel Gonçalves Ferreira Filho).

Na vigente Constituição, não há prazo estabelecido para o ato de publicação da lei.


Se aprovar
Iniciativa
Casa Iniciadora
Casa Revisora
Se aprovar
Tr T
Presidente da República
Se Sancionar Expressamente
Promulgação
-*-
Publicação
Se Permanecer em Silêncio
Sanção Tácita (15 dias úteis)
Se emendar
Se Rejeitar
Se rejeitar
Se Vetar
Presidente da República (Promulgação)
Arquiva-se e se aplica o art. 67 da CF
Arquiva-se e se aplica o art. 67 da CF
Presidente do Senado
Se não o fizer em 48h
X
Presidente do Senado (Promulgação)
Congresso Nacional
Se não o fizer em 48h
T
Se Mantiver
Se Rejeitar
Vice-Presidente do Senado (Promulgação)

4. PROCEDIMENTO LEGISLATIVO SUMÁRIO

Em termos constitucionais, o processo legislativo sumário não apresenta uma diferenciação de procedimentos em relação ao processo ordinário, antes analisado. O que o diferencia do processo legislativo ordinário é, tão-somente, a existência de prazos constitucionalmente fixados para que as Casas do Congresso Nacional deliberem sobre o projeto apresentado.

No Brasil, o processo legislativo sumário ou de urgência está disciplinado no art. 64, § 1.°, da Constituição Federal, que estabelece que o Presidente da República poderá solicitar urgência para a apreciação de projetos de sua iniciativa.

São dois, portanto, os pressupostos para a instalação do processo legislativo sumário:

1) projeto de lei apresentado pelo Chefe do Executivo (não é necessário que a matéria seja de sua iniciativa privativa, basta que o projeto seja por ele apresentado);

2) solicitação de urgência pelo Chefe do Executivo.

Solicitada a urgência pelo Chefe do Executivo, se a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual, sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa (trancamento de pauta), **com exceção das que tenham prazo constitucional determinado,** até que se ultime a votação.

Caso o Senado Federal emende o projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, esta Casa deverá apreciar as emendas no prazo máximo de dez dias, sob pena de ocorrência do sobrestamento das demais deliberações legislativas, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado (art. 64, § 2.°).

Observa-se que, se for solicitada urgência pelo Presidente da República, o processo legislativo deverá findar no prazo máximo de cem dias, **desconsiderados os períodos de recesso do Congresso Nacional** (quarenta e cinco dias na Câmara, quarenta e cinco dias no Senado Federal e mais dez dias para a Câmara dos Deputados apreciar as emendas dos senadores, se houver). Desrespeitados esses prazos, ocorrerá o trancamento de pauta da Casa Legislativa, ficando sobrestadas todas as demais matérias, **com exceção das que tenham prazo constitucional determinado,** como são exemplo as medidas provisórias.

Determina a Constituição Federal que o processo legislativo sumário (ou de urgência) não poderá ser aplicado aos projetos de códigos (não faria

sentido o Congresso Nacional ser forçado a, num prazo exíguo, deliberar sobre um projeto de Código Penal, por exemplo)."

Por fim, cabe ressaltar que essa é a única hipótese de regime de urgência **constitucional.** Além dela, temos também hipóteses de urgência **regimental,** a partir de solicitação dos parlamentares, na forma prevista nos regimentos internos das Casas Legislativas. Porém, enfatize-se, as hipóteses de urgência regimental, requeridas por parlamentares, seguem regras diversas, e não têm previsão constitucional.

5. LEI ORDINÁRIA

A lei ordinária é o ato legislativo típico, primário e geral.

Conceitualmente, deve veicular somente normas gerais e abstratas, o que resulta nas suas duas principais características, apontadas pela doutrina: generalidade e abstração.

Na prática, porém, é sabido que, no Direito contemporâneo, ocorre de a lei conter, não raras vezes, normas individuais e concretas - hipóteses em que a doutrina a denomina "lei formal", para apontar a contraposição àquela que seria, propriamente, lei, por cuidar de matéria de lei (geral e abstrata), por isso chamada "lei material".

Para a doutrina clássica, a lei ordinária em tudo poderia imiscuir-se, não existindo domínio que lhe fosse vedado. À lei ordinária eram reservadas constitucionalmente certas matérias - mas nenhuma lhe era vedada, sendo o seu campo de atuação amplo e indeterminado.

No Constitucionalismo moderno, contudo, essa posição não mais condiz com a realidade. Isso porque, ao lado da lei ordinária, outros atos normativos primários são encontrados nos ordenamentos atuais, como é o caso da nossa vigente Carta Política, que enumera, paralelamente à lei ordinária, a lei complementar, os decretos legislativos, as resoluções etc, definindo para esses campos específicos de atuação.

Com isso, o campo de atuação da lei ordinária deixou de ser indeterminado, em face da reserva de certas matérias a outras espécies normativas. Passamos a ter, na vigente Constituição, **um domínio vedado à lei ordinária.**

[11] Embora não se trate de processo legislativo de elaboração de leis, vale lembrar que a Constituição Federal determina que o Congresso Nacional apreciará o ato do Poder Executivo que outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens no prazo previsto no art. 64, §§ 2.° e 4.°, a contar do recebimento da mensagem (art. 223, § 1.º).

Assim, por exemplo, o art. 49 da Constituição aponta as matérias que devem ser tratadas por meio de decreto legislativo; o art. 68, § 2.°, estabelece que a delegação legislativa há que ser efetivada por meio de resolução do Congresso Nacional; os arts. 51 e 52 estabelecem, respectivamente, as matérias de competência privativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que devem ser tratadas por atos próprios dessas Casas Legislativas (em regra, mediante resoluções); diversos dispositivos constitucionais reservam à lei complementar a competência para a disciplina das matérias que especificam etc. Em todas essas situações, a utilização de lei ordinária está implicitamente vedada.

6. LEI COMPLEMENTAR

A respeito do processo legislativo de elaboração da lei complementar, o constituinte dispôs, apenas, que a iniciativa é a mesma da lei ordinária (art. 61) e que sua aprovação dar-se-á por maioria absoluta (art. 69), ao contrário da lei ordinária, que é aprovada por maioria simples ou relativa (art. 47).

Por essa razão, entende-se que os demais procedimentos (discussão e votação, revisão, emenda, sanção, veto, superação do veto, promulgação, publicação etc.) sujeitam-se às mesmas regras constitucionais do processo legislativo comum, aplicável às leis ordinárias.

Vale destacar, porém, que os regimentos das Casas do Congresso Nacional estabelecem instrução e trâmite distintos para os projetos de lei ordinária e de lei complementar.

Teceremos, a seguir, algumas considerações a respeito dessa espécie normativa.

A doutrina aponta como justificativa para a existência da espécie normativa lei complementar a intenção do legislador constituinte de conferir ao regramento de certas matérias, dada a sua importância, uma maior estabilidade, comparativamente à das matérias tratadas por leis ordinárias.

Houve por bem o legislador constituinte estabelecer, para as matérias por ele determinadas, uma especial dignidade, uma rigidez intermediária, situada entre a lei ordinária e o texto da Constituição. Assim, ao reservar constitucionalmente determinado assunto à lei complementar (aprovada por maioria absoluta), o constituinte garante-lhe estabilidade maior do que a que decorreria da sua disciplina mediante lei ordinária (aprovada por maioria simples), sem, porém, sujeitá-lo ao laborioso processo legislativo de modificação do texto constitucional (três quintos, em dois turnos de votação), o que tornaria demasiadamente difícil o seu tratamento.

A disciplina de determinadas matérias mediante lei complementar não é uma escolha do legislador, uma vez que é a própria Constituição que estabelece os temas cujo regramento deve ser feito por essa espécie legislativa. Só essas matérias, indicadas na própria Constituição, podem ser tratadas mediante lei complementar.

São duas, portanto, as diferenças entre lei complementar e lei ordinária: (a) a lei complementar disciplina matérias especificamente a ela reservadas pelo texto constitucional e (b) o *quorum* de aprovação.

A primeira distinção, de índole material, significa dizer que os assuntos a serem tratados por meio de lei complementar estão expressamente previstos no texto constitucional. Não cabe ao detentor da iniciativa legislativa, tampouco ao legislador decidir quais matérias serão tratadas por meio de lei complementar.

A segunda distinção, de natureza formal, diz respeito ao processo legislativo de elaboração das duas espécies normativas: a lei ordinária poderá ser aprovada por maioria simples de votos (CF, art. 47), enquanto a lei complementar exige maioria absoluta para sua aprovação (CF, art. 69).

A lei complementar, apesar de sua "especial dignidade", é um ato normativo infraconstitucional, porquanto retira seu fundamento de validade da Carta da República, não podendo, evidentemente, com ela conflitar, sob pena de inconstitucionalidade.

Por outro lado, no seu específico campo de atuação, delineado na Constituição, não pode ser afastada por meio de lei ordinária, lei delegada ou outra qualquer espécie subconstitucional do nosso processo legislativo.

Assim, a lei ordinária (ou qualquer outra espécie integrante do nosso processo legislativo, ressalvada a emenda constitucional) que disponha sobre matéria reservada à lei complementar estará usurpando competência fixada na Constituição Federal, incidindo no vício de inconstitucionalidade formal. De igual modo, os tratados internacionais que se tenham incorporado ao nosso ordenamento jurídico mediante aprovação por simples decreto legislativo não podem disciplinar matéria reservada constitucionalmente à lei complementar.

Por fim, vale lembrar que as leis ordinárias anteriores à Constituição Federal de 1988 que regulamentem matéria reservada pela nova ordem constitucional à lei complementar, desde que estivessem em vigor no momento da promulgação da nova Constituição e fossem materialmente com ela compatíveis, foram recepcionadas com o *status* de lei complementar.

7. PROCESSOS LEGISLATIVOS ESPECIAIS

Os processos legislativos especiais são aqueles aplicáveis à elaboração das demais espécies legislativas, que fogem às regras fixadas para o processo legislativo das leis ordinárias.

Na vigente Carta Política, temos os processos legislativos de elaboração das emendas à Constituição, das leis delegadas, das medidas provisórias, dos decretos legislativos e das resoluções.

7.1. Emendas à Constituição

Conforme vimos, a Constituição Federal de 1988 é do tipo rígida, pois exige para a modificação de seu texto processo legislativo especial e mais dificultoso do que aquele empregado na elaboração das leis.

A rigidez, contudo, não visa a impedir mudanças no texto da Constituição, mas, tão-só, a assegurar maior estabilidade à obra do poder constituinte originário e a conferir às normas nela vazadas supremacia sobre as demais normas jurídicas.

Assim, a emenda constitucional é resultado de um processo legislativo especial e mais laborioso do que o ordinário, previsto para a produção das demais leis.

O processo legislativo de aprovação de uma emenda à Constituição está estabelecido no art. 60 da Constituição Federal e compreende, em síntese, as seguintes fases:

a) apresentação de uma proposta de emenda, por iniciativa de um dos legitimados (art. 60, I a III);

b) discussão e votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada quando obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos membros de cada uma delas (art. 60, § 2.°);

c) sendo aprovada, será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem (art. 60, § 3.°);

d) caso a proposta seja rejeitada ou havida por prejudicada, será arquivada, não podendo a matéria dela constante ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (art. 60, § 5.°).

PROCESSO LEGISLATIVO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Primeira Casa Legislativa		Segunda Casa Legislativa
1.° Turno de Votação		1.° Turno de Votação
Se Aprovada por 3/5 dos Membros	Para Reapreciação em Dois Turnos	Se Aprovada por 3/5 dos Membros
2.° Turno de Votação		*2*° Turno de Votação
Se Aprovada por 3/5 dos Membros		Se Houver Modificação Substancial / Se Aprovada por 3/5 dos Membros

A EC só será promulgada se for aprovada, por 3/5 dos membros, nas duas Casas, em ambos os turnos.

* A qualquer tempo, se houver rejeição, a matéria não poderá constituir nova proposta na mesma sessão legislativa.

Promulgação pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal

Para o estudo completo do procedimento estabelecido pelo legislador constituinte originário para a modificação da Carta da República de 1988, bem como das orientações doutrinárias e jurisprudenciais que têm demarcado a atuação do poder constituinte derivado desde a promulgação do vigente texto constitucional, consultar o capítulo específico desta obra "Modificação da Constituição de 1988".

7.2. Medidas provisórias

A vigente Constituição aboliu a espécie normativa decreto-lei do nosso processo legislativo, substituindo-a, de certo modo, pela medida provisória, instituída no art. 59 da Carta Política e disciplinada no seu art. 62.

Pode-se dizer, assim, que a medida provisória consubstancia um ato normativo primário geral, editado pelo Presidente da República, situado no nosso processo de elaboração normativa ao lado da lei.

As medidas provisórias tiveram dois regimes jurídicos distintos, desde a promulgação da Constituição Federal até hoje: o primeiro vigorou da promulgação da Constituição Federal até a promulgação da EC n.° 32/2001; o outro regime, hoje vigente, foi introduzido pela EC n.° 32/2001, e é aplicável às medidas provisórias editadas em data posterior à promulgação dessa emenda constitucional.

Assim, a EC n.° 32/2001 representa um divisor de águas quanto ao instituto medida provisória: até sua promulgação, as medidas provisórias estiveram sujeitas a um dado regime jurídico, originariamente introduzido pela Assembléia Nacional Constituinte, em 5 de outubro de 1988; a partir da EC n.° 32/2001, as medidas provisórias passaram a obedecer a um novo e completamente distinto regime jurídico.

Comentaremos, a seguir, o regime jurídico introduzido pela EC n.° 32/2001, atualmente em vigor, aplicável às medidas provisórias editadas a partir da sua promulgação.

7.2.7. *Desnecessidade de convocação extraordinária*

Estabelece o art. 62 da Constituição Federal:

> Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

Nesse dispositivo, foi suprimida a parte final do texto originário, que estabelecia que, estando o Congresso Nacional em recesso, seria convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. Não há mais, portanto, a obrigatoriedade de convocação extraordinária do Congresso Nacional na hipótese de sujeição de medida provisória à sua apreciação, durante o recesso parlamentar.

Entretanto, havendo medidas provisórias em vigor na data de convocação extraordinária do Congresso Nacional, serão elas automaticamente incluídas na pauta de convocação (CF, art. 58, § 8º).

Portanto, temos o seguinte: a edição de medida provisória nos períodos de recesso legislativo não obriga, necessariamente, a convocação extraordinária do Congresso Nacional; porém, caso o Congresso Nacional seja convocado extraordinariamente, nas hipóteses constitucionalmente previstas (art. 57, § 6º), as medidas provisórias em vigor na respectiva data serão automaticamente incluídas na pauta da convocação.

7.2.2. *Limitações materiais*

Embora consubstancie espécie normativa primária, é certo que a medida provisória não pode disciplinar qualquer matéria, em virtude da existência de limitações constitucionais à sua edição (CF, art. 25, § 2.°; art. 62, § 1.°; art. 246).

É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria (CF, art. 62, § 1.°):

> I - relativa a:
>
> a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
>
> b) direito penal, processual penal e processual civil;
>
> c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
>
> d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3°;
>
> II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;
>
> III - reservada a lei complementar;
>
> IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

Além dessas vedações, outros três dispositivos constitucionais estabelecem restrições à adoção de medida provisória:

a) o art. 25, § *2."* (que veda a edição de medida provisória estadual para a regulamentação da exploração do gás canalizado);

b) o art. 246 (que veda a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1.° de janeiro de 1995 e a promulgação da EC n.° 32/2001, inclusive); e

c) o art. 73 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT (que vedou a adoção de medida provisória na regulamentação do Fundo Social de Emergência).

É relevante destacar que os **direitos individuais** e o **direito tributário** não foram incluídos entre as matérias insuscetíveis de serem tratadas por meio de medida provisória.

Embora não haja disposição constitucional expressa nesse sentido, é certo que as matérias de iniciativa e competência privativas do Congresso Nacional (art. 49), da Câmara dos Deputados (art. 51), do Senado Federal (art. 52), do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos tribunais de contas também não podem ser disciplinadas por medida provisória.

7.2.3. Procedimento legislativo

Em caso de urgência e relevância, adotada a medida provisória pelo Presidente da República, esta deve ser submetida, de imediato, ao Congresso Nacional, que terá o prazo de sessenta dias (prorrogável por mais sessenta dias) para apreciá-la, não correndo esses prazos durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

No Congresso Nacional, as medidas provisórias serão apreciadas por uma comissão mista (composta de senadores e deputados), que apresentará um parecer favorável ou desfavorável à sua conversão em lei. O parecer da comissão mista, meramente opinativo, servirá de subsídio para que o Plenário das duas Casas do Congresso Nacional aprecie a medida provisória. A votação da medida provisória será iniciada, obrigatoriamente, pela Câmara dos Deputados (Casa iniciadora obrigatória).

Emitido o parecer, o plenário das Casas Legislativas, iniciando-se pela Câmara dos Deputados, examinará a medida provisória e:

a) na hipótese de ela ser integralmente convertida em lei, o Presidente do Senado Federal a promulgará, remetendo-a para publicação (observa-se que, nesse caso, não haverá possibilidade de sanção ou veto por parte do Presidente da República, uma vez que a medida provisória foi aprovada exatamente nos termos por ele propostos);

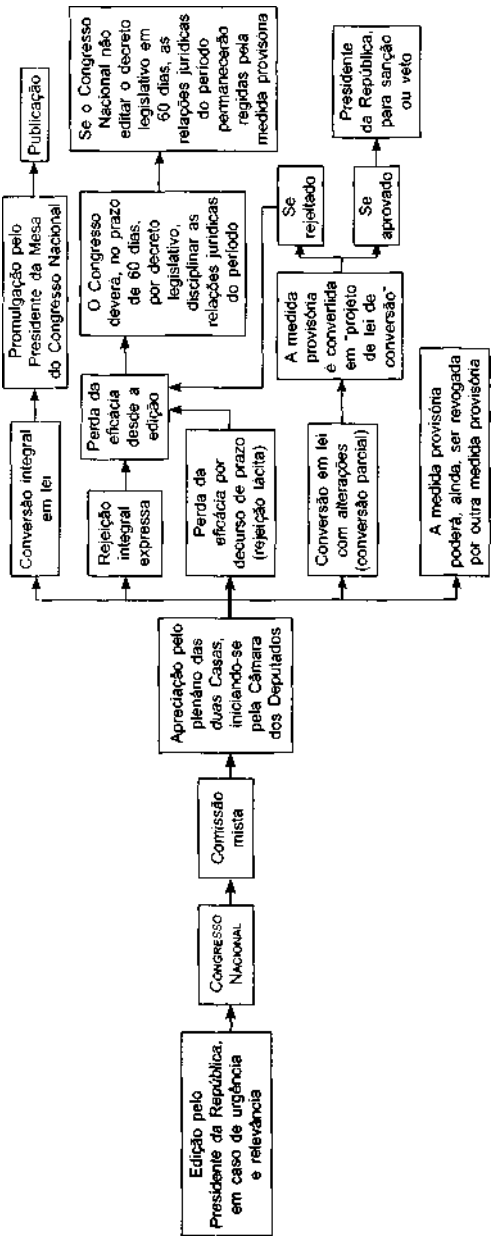
b) se for integralmente rejeitada (ou perder sua eficácia por decurso de prazo, em decorrência da não apreciação pelo Congresso Nacional no prazo constitucionalmente estabelecido), a medida provisória será arquivada, o Congresso Nacional baixará ato declarando-a insubsistente e deverá disciplinar, por meio de decreto legislativo, no prazo de sessenta dias contados da rejeição ou da perda de eficácia por decurso de prazo, as relações jurídicas dela decorrentes; caso o Congresso Nacional não edite o decreto legislativo no prazo de sessenta dias, as relações jurídicas surgidas no período permanecerão regidas pela medida provisória;

c) caso sejam introduzidas modificações no texto adotado pelo Presidente da República (conversão parcial), a medida provisória será transformada em "projeto de lei de conversão", e o texto aprovado no Legislativo será encaminhado ao Presidente da República, para que o sancione ou vete (a partir da transformação da medida provisória em "projeto de lei de conversão", este segue idêntico trâmite ao dos projetos de lei em geral); aos dispositivos eventualmente rejeitados aplica-se o descrito na letra "b", acima.

Observa-se que, na hipótese de conversão parcial de medida provisória, será necessária a ulterior manifestação do Presidente da República, para o fim de sanção ou veto, porque o Congresso Nacional introduziu modificações no texto originário da medida provisória editada por aquela autoridade.

Diferentemente, se ocorre a conversão integral da medida provisória em lei, sem a introdução de modificações no Congresso Nacional, não há retorno ao Chefe do Execi vo, para sanção ou veto.

PROCESSO LEGISLATIVO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS


Edição pelo Presidente da República, em caso de urgência e relevância
Congresso Nacional
Comissão mista
Apreciação pelo plenário das duas Casas, iniciando-se pela Câmara dos Deputados
Conversão integral em lei
Rejeição integral expressa
Perda da eficácia desde a edição
Perda da eficácia por decurso de prazo (rejeição tácita)
Conversão em lei com alterações (conversão parcial)
A medida provisória poderá, ainda, ser revogada por outra medida provisória
Promulgação pelo Presidente da Mesa do Congresso Nacional
Publicação
O Congresso deverá, no prazo de 60 dias, por decreto legislativo, disciplinar as relações jurídicas do período
Se o Congresso Nacional não editar o decreto legislativo em 60 dias, as relações jurídicas do período permanecerão regidas pela medida provisória
A medida provisória é convertida em "projeto de lei de conversão"
Se rejeitado
Se aprovado
Presidente da República, para sanção ou veto

7.2.4. Prazo de eficácia

As medidas provisórias têm eficácia pelo prazo de sessenta dias a partir de sua publicação, prorrogável uma única vez por igual período, se o prazo inicial não for suficiente para a conclusão do processo legislativo nas duas Casas do Congresso Nacional.

A prorrogação dá-se automaticamente, quando não esteja concluída a apreciação da medida provisória nas duas Casas Legislativas ao término dos primeiros sessenta dias. Não há necessidade da edição de nenhum novo ato pelo Chefe do Executivo requerendo a prorrogação de prazo. Esgotado o prazo inicial de sessenta dias sem a conclusão da apreciação pelas Casas Legislativas, será ele automaticamente prorrogado, mediante a edição de ato pelo Presidente do Congresso Nacional. A prorrogação, contudo, não depende do ato do Presidente do Congresso, uma vez que este não poderia frustrar o texto constitucional, que assegura a prorrogação. Entendemos que o ato legislativo, nessa situação, visa, tão-somente, a dar publicidade à prorrogação de prazo.

Esses prazos não correm durante os períodos de recesso do Congresso Nacional (18 de julho a 31 de julho e 23 de dezembro a 1.° de fevereiro, nos termos do art. 57 da Constituição, com a redação dada pela EC n.° 50/2006). Assim, se uma medida provisória for editada pelo Presidente da República em 20 de junho, conta-se o prazo até 17 de julho, suspende-se a contagem durante o recesso, recomeça-se a contagem a partir de 1.° de agosto; se for adotada em 23 de dezembro, a contagem dos prazos acima somente terá início em 2 de fevereiro, data de retorno dos trabalhos legislativos do Congresso Nacional.

7.2.5. Trancamento de pauta

Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando (CF, art. 62, § 6.°).

Constata-se que a Constituição Federal estabelece dois prazos em relação ao processo legislativo de medida provisória, que não podem ser confundidos: (a) prazo para apreciação da medida provisória (conversão em lei ou rejeição); (b) prazo para trancamento da pauta da Casa Legislativa em que estiver tramitando.

O prazo para apreciação da MP é de sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta, não computados os períodos de recesso do Congresso Nacional.

O prazo para o trancamento de pauta é de quarenta e cinco dias corridos, contados da edição da MP, não computados os períodos de recesso do Congresso Nacional.[12]

Assim, se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação (não computados os períodos de recesso do Congresso Nacional), ocorrerá o trancamento de pauta da Casa em que estiver tramitando, não se admitindo a votação de qualquer outra matéria antes de concluída a votação da medida provisória.

Portanto, poderemos, em tese, ter o seguinte:

a) expirado o prazo de 45 dias sem apreciação, a medida provisória trancará a pauta da Casa Legislativa em que estiver tramitando, obstando a votação de qualquer outra matéria;

b) esse fato, porém, não interromperá a contagem do prazo (de sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta) para a conclusão do processo legislativo da medida provisória, isto é, enquanto a pauta estiver trancada, numa ou noutra Casa do Congresso Nacional, a contagem do prazo para conclusão do processo legislativo continuará normalmente;

c) logo, é possível que, mesmo com o trancamento de pauta, haja expiração do prazo para a conclusão do processo legislativo, sem que o Congresso Nacional tenha ultimado a apreciação da medida provisória. Nessa hipótese, a medida provisória perderá sua eficácia, desde a sua edição, por decurso de prazo.

7.2.6. Trancamento subseqüente de pauta

A partir da edição da MP começa a contagem do prazo de quarenta e cinco dias para sua apreciação, sob pena de trancamento de pauta, isto é, de paralisar os trabalhos legislativos da Casa em que estiver tramitando, que não poderá deliberar sobre qualquer outra matéria até que vote o texto da MP.

Se a Câmara dos Deputados votar a MP dentro de quarenta e cinco dias (contados da sua edição), a matéria será encaminhada ao Senado Federal. Se o Senado Federal também conseguir apreciar a matéria antes de esgotado o prazo, concluindo todo o processo legislativo dentro dos quarenta e cinco dias (contados da edição da MP), não haverá nenhum trancamento de pauta, em nenhuma das Casas Legislativas.

[12] O art. 18 da Resolução do Congresso Nacional n.° 1, de 18.05.2002, prevê a suspensão da contagem do prazo de 45 dias, para trancamento de pauta, nos períodos de recesso do Congresso Nacional, embora tal suspensão não esteja expressamente prevista no texto constitucional.

Entretanto, se ocorrer o esgotamento do prazo de quarenta e cinco dias (contados da edição da MP) sem a conclusão da votação, ocorrerá o automático trancamento da pauta da Casa Legislativa em que estiver tramitando (Câmara ou Senado, onde vencerem os quarenta e cinco dias).

Se, esgotado o prazo de quarenta e cinco dias, a MP estiver em trâmite na Câmara dos Deputados, sua pauta restará trancada. Se, expirados os 45 dias, a MP estiver em trâmite no Senado Federal, a pauta desta Casa é que será trancada.

Ademais, se o trancamento ocorrer na Câmara dos Deputados, depois de ela votar a MP (destrancando a sua pauta), a matéria seguirá para o Senado Federal, para que esta Casa a aprecie (o processo legislativo de MP, após a EC n.° 32/2001, exige votação em separado, em cada uma das Casas Legislativas), hipótese em que a MP **já chegará ao Senado Federal trancando a sua pauta de votação;** não haverá contagem de um novo prazo de quarenta e cinco dias no Senado Federal.

Vale enfatizar: sempre que houver trancamento de pauta na Câmara dos Deputados, a MP, invariavelmente, chegará ao Senado Federal já trancando a sua pauta (automaticamente, sem contagem de novo prazo de quarenta e cinco dias no Senado).

Ademais, podemos dar seqüência ao raciocínio e concluir que, caso haja emendas no Senado Federal, ultrapassado o prazo de quarenta e cinco dias (contados da edição da MP), a matéria retornará para a Câmara dos Deputados, para apreciação das emendas, hipótese em que, novamente, trancará automaticamente a pauta desta Casa Legislativa, sem que se cogite de contagem de novo prazo de quarenta e cinco dias.

7.2.7. Perda de eficácia

Caso não sejam convertidas em lei no prazo constitucionalmente estabelecido, as medidas provisórias perderão sua eficácia desde a edição *(ex tunc)*, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por meio de **decreto legislativo,** no prazo de sessenta dias contados da rejeição ou da perda de eficácia por decurso de prazo, as relações jurídicas delas decorrentes.

Se o Congresso Nacional não editar o decreto legislativo no prazo de sessenta dias, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência da medida provisória permanecerão por ela regidas (CF, art. 62, § 11).

No regime jurídico anterior à EC n.° 32/2001, não havia fixação de prazo para que o Congresso Nacional disciplinasse as relações jurídicas decorrentes de medida provisória não convertida em lei, tampouco previsão

de qualquer conseqüência jurídica para a hipótese de inércia por parte do Congresso Nacional.

Atualmente, porém, se o Congresso Nacional não disciplinar as relações jurídicas, por meio de decreto legislativo, no prazo de sessenta dias, sua competência terminará com o simples decurso de prazo. Esgotado esse prazo sem a edição do decreto legislativo, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência da medida provisória conservar-se-ão por ela regidas.

Suponha-se que uma medida provisória tenha estabelecido um tratamento "y" a uma matéria até então regulada na forma "x" por uma lei ordinária. Publicada a medida provisória, o regramento "y" passa a vigorar com força de lei, suspendendo a eficácia da lei ordinária. Submetida à apreciação do Congresso Nacional, houve a rejeição expressa da medida provisória pelas Casas Legislativas (ou transcorreu o prazo de sua eficácia sem conclusão da sua apreciação).

Nessa hipótese, por força do art. 62 da Carta Política, a medida provisória perderá sua eficácia desde a edição *(ex tunc),* voltando a produzir efeitos, em todo o período, a lei ordinária pretérita (em razão da exclusão retroativa, do ordenamento jurídico, do ato que lhe suspendia a eficácia).

Mas, como fica a situação das pessoas que já foram atingidas pelas regras da medida provisória, entre o período de sua edição e rejeição?

O Congresso Nacional deverá, mediante decreto legislativo, disciplinar as relações jurídicas decorrentes da medida provisória (isto é, deverá o Congresso Nacional baixar um decreto legislativo disciplinando as relações jurídicas já consolidadas sob o fundamento do regramento "y", fixado no texto da medida provisória).

Essa competência do Congresso Nacional, porém, sofre um limite temporal: se, no prazo de sessenta dias contados da rejeição da medida provisória, não for baixado o decreto legislativo, expirada estará a competência do Congresso Nacional para disciplinar a matéria. Ocorrendo essa caducidade, as relações jurídicas consolidadas no período conservar-se-ão reguladas pelos termos originais da medida provisória (no exemplo dado, significa dizer que as relações jurídicas consolidadas no período permanecerão regidas pelo regramento "y", estabelecido no texto da medida provisória).

Nessa situação, teremos uma medida provisória não convertida em lei regulando, em caráter definitivo, com força de lei, as relações jurídicas consolidadas (e somente essas!) no período em que esteve vigente.

É importante notar que o Congresso Nacional deverá editar o decreto legislativo somente para disciplinar as relações jurídicas já consolidadas durante a vigência da medida provisória. Vale dizer, o decreto legislativo

do Congresso Nacional não disciplinará "o período de vigência da medida provisória", mas sim "as relações jurídicas que se constituíram no período de vigência da medida provisória". O período de vigência da medida provisória, no exemplo dado, volta a ser regulado pelo texto "x", da lei ordinária pretérita.

Enfim, o Congresso Nacional deverá disciplinar, apenas, aquelas relações jurídicas que já se aperfeiçoaram no período de vigência da medida provisória; quanto a elas, não ocorrerá um retorno automático ao *status quo ante,* com a simples retirada da medida provisória do ordenamento jurídico. Somente essas relações jurídicas serão afetadas pelo decreto legislativo do Congresso Nacional. As demais, caso ainda não tenham se aperfeiçoado, serão regidas pela legislação pretérita, que, com o expurgo retroativo da medida provisória, voltou a produzir eficácia no período (ou, então, no caso de inexistência de legislação pretérita sobre a matéria, não mais se aperfeiçoarão, haja vista que não existirá regra que se lhes aplique; a regra que constava da medida provisória rejeitada não poderá ser aplicada a relações jurídicas ainda não consolidadas na época da rejeição, e não haverá nenhuma outra regra acerca da matéria).

Da mesma forma, dando seqüência ao raciocínio, se o Congresso Nacional não editar o decreto legislativo no prazo de sessenta dias, não será "o período de vigência da medida provisória" que permanecerá regido pelos seus termos. Com a não-aprovação da medida provisória, a perda de sua eficácia é sempre retroativa *{ex time).* Vale dizer, ela é retirada do plano normativo, retroativamente, desde a sua edição. Com isso, obviamente, ela não regulará mais "período" nenhum! O período de vigência da medida provisória volta a ser regulado pela legislação ordinária anterior, se houver (no exemplo dado, pelo tratamento "x", fixado na lei ordinária pretérita). Apenas "as relações jurídicas **constituídas** nesse período" é que permanecerão regidas pela medida provisória no caso de omissão do Congresso Nacional.

Em face dessa relevante distinção, não concordamos com aqueles que afirmam que a não-aprovação da medida provisória gera efeitos retroativos *{ex tunc)* ou prospectivos *{ex nunc),* a depender da ulterior regulamentação do Congresso Nacional, por decreto legislativo. Para nós, a não-aprovação da medida provisória retira-lhe a eficácia, sempre, retroativamente *{ex tunc).* Esse efeito jurídico não depende da vontade do Congresso Nacional, é decorrência de comando expresso da Constituição Federal (art. 62, § 3.°). O que o Congresso Nacional tem o poder de disciplinar, desde que o faça no prazo de sessenta dias, são as relações jurídicas já constituídas com base no que ditava o texto da medida provisória. Se o Congresso não o fizer, continuarão essas relações jurídicas (unicamente elas, e não todo o período!) regidas pelo texto originário da medida provisória.

Essa distinção assume relevo porque, após a rejeição da medida provisória, e mesmo que esgotado o prazo de sessenta dias sem aprovação do decreto legislativo pelo Congresso Nacional, um indivíduo não poderá requerer, ulteriormente, o reconhecimento de direito fundado no texto da medida provisória, ainda que referente ao período de sua vigência. Por que não? Porque, com a sua rejeição, a medida provisória desaparece, sempre, retroativamente, desde a sua edição. Logo, não poderá ser gerada, ulteriormente, nenhuma relação jurídica com fundamento no seu texto, mesmo que a relação jurídica que se pretendesse ver surgida posteriormente à rejeição da medida provisória dissesse respeito a uma situação ocorrida na época em que ela esteve vigente.

Note-se que o raciocínio seria diferente se prevalecesse o entendimento de que, na hipótese de o Congresso Nacional não editar o decreto legislativo no prazo de sessenta dias, a perda de eficácia da medida provisória fosse meramente prospectiva *(ex nunc)*, haja vista que, se assim fosse, ela continuaria regulando o "período em que esteve vigente". Nessa situação, seria legítimo ao indivíduo requerer direito com fundamento na medida provisória relativamente ao período em que ela esteve vigente, mesmo que o requerimento ocorresse posteriormente à sua rejeição - expressa ou tácita - pelo Congresso Nacional.

Examinemos uma situação hipotética. Suponha-se que os servidores públicos federais tivessem, previsto em lei, direito ao afastamento de um dia de serviço por ocasião de seu aniversário de nascimento. Imagine-se, ainda, que tenha sido editada uma medida provisória ampliando essa vantagem para cinco dias de afastamento, que poderiam ser requeridos e fruídos nos seis meses subseqüentes ao mês do aniversário de nascimento. Suponha-se, por fim, que noventa dias após a sua publicação, a medida provisória tenha sido rejeitada expressamente pelo Congresso Nacional.

Com a publicação da medida provisória, os servidores públicos passaram a ser regidos, nesse ponto, pelos termos da medida provisória ("afastamento de cinco dias"), que suspendeu a eficácia do regramento fixado na lei ordinária pretérita ("afastamento de um dia"). Mas, em seguida, a medida provisória foi rejeitada pelo Congresso Nacional, decorrendo, desse ato, as conseqüências a seguir examinadas.

A primeira conseqüência da não-aprovação da medida provisória será a perda de sua eficácia retroativamente, desde a edição *(ex tunc)*. Significa dizer que, no plano normativo, a vantagem de cinco dias não existe mais, seja daí por diante, seja no período pretérito. Rejeitada a medida provisória, volta a viger em todo o período - pretérito e futuro - a legislação anterior, a lei ordinária, que até então estava com a sua eficácia suspensa ("afastamento de um dia").

O segundo ponto a ser examinado diz respeito à situação jurídica dos servidores públicos cujo aniversário de nascimento ocorreu no período de vigência da medida provisória. Qual será o regime jurídico a eles aplicável? Para respondermos a essa indagação, temos que dividir esses servidores em dois grupos, na forma descrita nos parágrafos seguintes.

Os servidores cujo aniversário de nascimento ocorreu no período de vigência da medida provisória, mas ainda **não** requereram o afastamento de cinco dias, não poderão mais pleitear esse direito à Administração Pública. Não poderão porque a medida provisória perdeu a sua eficácia retroativamente *(ex tunc)* e, com isso, não há mais direito a ser invocado frente a ela, seja em relação a que período for, pretérito ou futuro. Se a relação jurídica não se constituiu na vigência da medida provisória, ela não terá mais condições de aperfeiçoar-se, pois lhe falta fundamento de validade. Com a rejeição da medida provisória, esses servidores só poderão requerer o afastamento de um dia, previsto na lei ordinária, ainda que relativamente ao aniversário de nascimento completado durante a vigência do ato provisório. Não há que se cogitar, em relação a esses servidores, da expedição de decreto legislativo pelo Congresso Nacional, com base no art. 62, § 3.°, da Constituição Federal, pois eles não constituíram relação jurídica alguma em decorrência da vigência da medida provisória!

Já os servidores que comemoraram o seu aniversário de nascimento no período de vigência da medida provisória e, também, já fruíram, no mesmo período, o direito ao afastamento remunerado por cinco dias, poderão ter a sua situação jurídica modificada pelo Congresso Nacional, por decreto legislativo, nos sessenta dias subseqüentes à rejeição da medida provisória. Na situação hipotética apresentada, o Congresso Nacional poderia, por exemplo, estabelecer no decreto legislativo que esses servidores que fruíram o afastamento remunerado de cinco dias durante o período de vigência da medida provisória deverão compensar essas horas não trabalhadas, mediante acordo com a chefia imediata, no prazo máximo de um ano. Caso o Congresso Nacional não edite o decreto legislativo no prazo de sessenta dias, os afastamentos remunerados de cinco dias fruídos no período de vigência da medida provisória permanecerão por ela regidos, isto é, estarão eles consolidados diante da omissão do Congresso Nacional.

Por fim, cabe ressaltar que, com a rejeição da medida provisória, estes últimos servidores não terão direito nos próximos anos ao afastamento remunerado de cinco dias por ocasião dos seus aniversários de nascimento, pois não são "os sujeitos das relações jurídicas do período" que permanecerão, eternamente, regidos pela medida provisória, mas sim "as relações jurídicas constituídas no período" (e somente estas!). Nos anos futuros, terão eles direito a apenas um dia de afastamento remunerado, conforme fixado na lei ordinária (enquanto esta estiver em vigor, obviamente).

7.2.8. Apreciação plenária

As medidas provisórias serão apreciadas pelo plenário das duas Casas do Congresso Nacional, separadamente, iniciando-se a votação na Câmara dos Deputados.

Porém, antes da apreciação em separado pelas Casas Legislativas, caberá à comissão mista de deputados e senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer.

A apreciação da medida provisória, nas duas Casas do Congresso Nacional, dar-se-á em duas fases: uma preliminar, em que será avaliada a presença dos pressupostos constitucionais para sua adoção, e outra, de mérito.

E o que dispõe o § 5.° do art. 62 da CF: "A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais."

O exame quanto à presença dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência para a adoção da medida provisória passa a ser matéria preliminar, de apreciação obrigatória pelas Casas Legislativas antes do exame do mérito da medida provisória. Antes do exame da matéria, objeto da medida provisória (mérito), cada Casa Legislativa deverá verificar se estão presentes os pressupostos constitucionais que autorizam a edição dessa espécie normativa (urgência e relevância). Em caso de ausência dos pressupostos, sequer apreciarão o mérito, dando-se por ilegítima a adoção da medida provisória, que será rejeitada.

Dispõe a Constituição Federal que as medidas provisórias em vigor na data de convocação extraordinária do Congresso Nacional serão automaticamente incluídas na pauta da convocação (CF, art. 57, § 8.°).

7.2.9. Conversão parcial

Estabelece a Constituição Federal (art. 62, § 12):

> § 12 Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

Esse dispositivo cuida da hipótese de **conversão parcial** de medida provisória pelo Congresso Nacional, quando a medida provisória adotada pelo Presidente da República é convertida em "projeto de lei de conversão", em razão de alterações no seu texto original no momento da apreciação pelo Congresso Nacional. Nessa hipótese, assegura o texto constitucional que,

uma vez aprovado (pelo Poder Legislativo) o projeto de lei de conversão, a medida provisória manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado (pelo Chefe do Poder Executivo) o projeto de lei de conversão.

De acordo com o texto constitucional, teremos os passos a seguir comentados.

A medida provisória submetida à apreciação do Congresso Nacional poderá ser integralmente convertida em lei pelas Casas Legislativas. Poderá, diversamente, ocorrer apenas sua conversão parcial, com a aprovação de parte de seus dispositivos, com a introdução de alterações no seu texto etc.

Na primeira hipótese - conversão integral da medida provisória -, não há que se falar em sanção ou veto do Presidente da República, uma vez que está sendo aprovado exatamente o texto por ele adotado. Nesse caso, a formação da lei termina no âmbito do Poder Legislativo: a lei de conversão será promulgada diretamente pelo Presidente da Mesa do Congresso Nacional e encaminhada para publicação.

Na segunda hipótese - conversão parcial da medida provisória -, a originária medida provisória submetida ao Congresso Nacional transmuda-se em projeto de lei de conversão, em decorrência das alterações introduzidas pelo Poder Legislativo. Nesse caso, como não foi aprovado na íntegra o texto adotado pelo Presidente da República, o projeto de lei de conversão, depois de aprovado pelo Poder Legislativo, será encaminhado ao Chefe do Executivo, para o fim de sanção ou veto. A partir desse momento, o projeto segue o trâmite ordinário aplicável aos demais projetos de lei, isto é: (a) sanção expressa, promulgação e publicação; (b) sanção tácita, promulgação e publicação; ou (c) veto, apreciação do veto pelo Congresso Nacional.

Para essa segunda situação, de conversão parcial, em que são introduzidas modificações no texto da medida provisória pelo Poder Legislativo, é que foi estabelecida pelo legislador constituinte a regra em exame (§ 12 do art. 62): enquanto o projeto não for sancionado ou vetado pelo Presidente da República, a medida provisória manter-se-á integralmente em vigor.

Nessa hipótese, como haverá necessidade de sanção ou veto do Presidente da República, poderá ser ultrapassado o prazo limite de validade da medida provisória sem que sua eficácia seja prejudicada. Se o projeto de lei de conversão for apreciado e aprovado pelo Congresso Nacional dentro do prazo limite, a sanção ou o veto poderá ocorrer mesmo depois do referido prazo. Enquanto o projeto de lei de conversão estiver pendente da sanção ou do veto, o texto original da medida provisória manter-se-á integralmente em vigor, ainda que expirado o prazo constitucionalmente fixado para a apreciação dessa espécie normativa (sessenta + sessenta dias, desconsiderados os períodos de recesso parlamentar).

Suponhamos, por exemplo, que o projeto de lei de conversão somente seja aprovado pelo Poder Legislativo no 119.° dia após a edição da medida provisória, data em que é encaminhado ao Chefe do Executivo, para sanção ou veto. Nesse caso, enquanto pendente o projeto de sanção ou veto, o texto originário da medida provisória manter-se-á integralmente em vigor, ainda que ultrapassado o prazo ordinário de eficácia dessa espécie normativa.

7.2.70. *Reedição*

É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo (CF, art. 62, § 10).

O texto constitucional continua a permitir a reedição de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo, mas somente em sessão legislativa distinta. Na mesma sessão legislativa, não se admite mais a reedição.

A prorrogação do prazo de eficácia da medida provisória não pode ser confundida com a possibilidade de reedição de uma medida provisória não convertida em lei.

A **prorrogação** diz respeito ao prazo inicial de eficácia da medida provisória, por não se ter concluído sua apreciação pelo Congresso Nacional. Se o prazo inicial de sessenta dias não for suficiente para o encerramento da votação nas duas Casas do Congresso Nacional, haverá uma única prorrogação por mais sessenta dias. Somente após esses dois períodos (sessenta + sessenta dias, desconsiderados os períodos de recesso do Congresso Nacional) é que, não sobrevindo a conversão em lei, haverá perda de sua eficácia.

A **reedição** diz respeito a momento posterior à rejeição expressa ou à perda de eficácia por decurso de prazo (rejeição tácita) da medida provisória. Quando se fala em reedição, a preocupação é com a possibilidade de a matéria que tenha sido objeto de uma medida provisória rejeitada ou que perdeu a eficácia pelo decurso de prazo ser objeto de nova medida provisória. Atualmente, só é possível a reedição pelo Chefe do Executivo em sessão legislativa distinta daquela em que se deu a rejeição ou a perda de eficácia por decurso de prazo.

Imagine-se que uma medida provisória tenha sido publicada e submetida à apreciação do Congresso Nacional em janeiro de 2002. Como se sabe, sua eficácia inicial é de sessenta dias. Porém, se esse prazo inicial de sessenta dias não for suficiente para o encerramento das votações nas duas Casas do Congresso Nacional, haverá a prorrogação desse prazo por mais sessenta dias, mantendo-se inalterada a eficácia da medida provisória. Caso a medida

provisória seja rejeitada pelo Congresso Nacional dentro desse novo prazo, ou expire o prazo total (inicial + prorrogação) sem sua conversão em lei, o Presidente da República somente poderá reeditar essa matéria, em nova medida provisória, na próxima sessão legislativa.

7.2.77. *Medido provisória e impostos*

A Constituição Federal possui regra específica sobre a produção de efeitos de medida provisória que institua ou majore impostos, nos seguintes termos (CF, art. 62, § 2.°):

> § 2.° Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

Essa norma amplia a garantia de não-surpresa dos contribuintes, reforçando o **princípio da anterioridade tributária** (CF, art. 150, III, "b"), o qual proíbe, como regra, que uma lei que institua ou aumente tributos em geral produza efeitos no mesmo ano de sua publicação.

Com a promulgação da EC 42/2003 foi acrescentada a alínea "c" ao inciso III do art. 150 da Constituição, estabelecendo, como regra geral, a exigência de aguardo de um prazo mínimo de noventa dias para a produção de efeitos de leis que instituam ou aumentem tributos, acentuando, ainda mais, a proteção dos contribuintes contra mudanças repentinas na carga tributária. Alguns tributos não estão sujeitos a essa regra de "noventena"; a lista de exceções está na parte final do § 1.° do art. 150 da Constituição, também acrescentada pela EC n.° 42/2003.

Na prática, a conjugação dessas três regras - a específica para medidas provisórias que criem ou aumentem impostos (art. 62, § 2.°), a anterioridade do exercício financeiro (art. 150, III, "b") e a noventena (art. 150, III, "c") -, pode tornar bastante trabalhosa a análise de casos concretos. Procuramos, abaixo, conjugar essas regras de forma sistemática, sem pretensão de esgotar as combinações possíveis:

1.°) na instituição ou aumento dos impostos sobre importação de produtos estrangeiros (II), sobre exportação, para o exterior, de produtos nacionais e nacionalizados (IE), sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários (IOF) e dos impostos extraordinários de guerra (IEG), a medida provisória produzirá efeitos desde a sua edição; na instituição ou aumento do imposto sobre produtos industrializados (IPI), a medida provisória

poderá produzir efeitos no mesmo exercício financeiro de sua publicação, e não se exige sua conversão em lei até 31 de dezembro do mesmo ano, mas ela terá que aguardar noventa dias para o início de seus efeitos;

2.°) na instituição ou aumento dos demais impostos, a medida provisória só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada; além disso, se se tratar de imposto sujeito à noventena (art. 150, III, "c"), terá que transcorrer um período mínimo de 90 dias entre a publicação da medida provisória e a exigência, no exercício seguinte, do tributo instituído ou majorado;

3.°) na instituição ou aumento de outras espécies tributárias sujeitas ao princípio da anterioridade previsto no art. 150, III, "b", da Constituição, como as taxas, as contribuições de melhoria, as contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas, a medida provisória poderá produzir efeitos no ano seguinte ao de sua publicação, mesmo que não tenha sido convertida em lei até 31 de dezembro, exigindo-se, entretanto, o transcurso do período mínimo de 90 dias, contados de sua publicação, por força do princípio da noventena estabelecido no art. 150, III, "c", da Constituição.

7.2.12. Art. 246 da CF

Dispõe o art. 246 da Constituição Federal:

> Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1.° de janeiro de 1995 até a promulgação da EC n.° 32/2001, inclusive.

A Emenda Constitucional n.° 32/2001, ao dar nova redação a esse dispositivo constitucional, afastou a incidência da vedação nele prevista para o período posterior à sua promulgação, mas a manteve em relação ao período compreendido entre 1.° de janeiro de 1995 e a promulgação das próprias modificações trazidas pela EC n.° 32/2001.

Com isso, os artigos da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada em data anterior a 1.° de janeiro 1995 podem ser regulamentados por meio de medida provisória.

Já os artigos da Constituição cuja redação tenha sido alterada a partir de 1.° de janeiro de 1995 até a EC n.° 32/2001 (inclusive os artigos alterados pela EC n.° 32/2001) não podem ser regulamentados por medida provisória.

Com a promulgação da EC n.° 32/2001 desaparece a vedação em relação ao período futuro, isto é, os artigos da Constituição cuja redação seja alterada por emenda posterior à EC n.° 32/2001 (isto é, pela EC n.° 33 e seguintes) poderão ser regulamentados por meio de medida provisória.

Conclui-se, assim, que não poderão ser regulamentados por meio de medida provisória os artigos cuja redação tenha sido alterada pelas Emendas de n.° 5/1995 a 32/2001, inclusive. Os outros artigos constitucionais, inclusive os modificados pelas demais emendas constitucionais, poderão ser regulamentados por medida provisória, desde que não haja incidência de alguma outra vedação ao uso dessa espécie normativa, evidentemente.

VEDAÇÃO À ADOÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA (CF, ART. 246)

01.01.1995 EC 32/2001

Artigos da CF cuja redação tenha sido alterada por emenda neste período

Não podem ser regulamentados por medida provisória*

Essa vedação não alcança os artigos da CF cuja redação tenha sido alterada por emendas em data anterior a 01.01.1995 ou posterior à EC n.° 32, de 11.09.2001.

7.2.13. Medidas provisórios anteriores à EC n.° 32/2001

Estabelece o art. 2.° da EC n.° 32/2001:

> Art. 2.° As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Por força desse dispositivo, as medidas provisórias editadas em data anterior à publicação da Emenda Constitucional n.° 32/2001 continuam em vigor, independentemente de qualquer outro ato, até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Portanto, essas medidas provisórias, editadas em data anterior à publicação da EC n.° 32/2001, tornaram-se, independentemente de qualquer outro ato, espécies normativas com vigência indeterminada, com força de lei, até que medida provisória ulterior as revogue expressamente ou até que o Congresso Nacional as aprecie (ou, ainda, até que sejam revogadas por alguma lei ou emenda constitucional a elas superveniente).

A vigência por prazo indeterminado dessas medidas provisórias pretéritas independe da edição de qualquer ato pelo Chefe do Executivo ou pelo Congresso Nacional (reedição, prorrogação de prazo etc). A sua vigência e eficácia indeterminadas decorrem diretamente da Emenda Constitucional n.° 32, de 2001.

Cabe ressaltar que não se pode afirmar que tais medidas provisórias pretéritas tenham sido, efetivamente, convertidas em lei ordinárias. Isso porque, conforme dispõe o art. 2.° da EC n.° 32, o Congresso Nacional permanece com a competência para, julgando conveniente, apreciá-las a qualquer momento, para o fim de convertê-las em lei ou rejeitá-las.

Por fim, caso o Congresso Nacional resolva apreciar uma dessas antigas medidas provisórias, editadas em data anterior à promulgação da EC n.° 32/2001, deverá fazê-lo segundo o processo legislativo pretérito de aprovação de medida provisória, vigente até a EC n.° 32/2001 (em sessão conjunta do Congresso Nacional, e não em votação em separado nas duas Casas Legislativas).[13]

7.2.74. *Retirada*

As medidas provisórias, com a sua publicação no Diário Oficial, subtraem-se ao poder de disposição do Presidente da República e ganham, em conseqüência, autonomia jurídica absoluta, desvinculando-se da autoridade que as instituiu.

Assim, o STF não admite que seja retirada do Congresso Nacional medida provisória ao qual foi remetida para o efeito de ser, ou não, convertida em lei.[14]

7.2.75. *Revogação*

Se, por um lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite que medida provisória submetida ao Congresso Nacional seja retirada pelo Chefe do Executivo, por outro, aceita o Tribunal que medida provisória nessa situação seja revogada por outro ato normativo da mesma espécie.

Em tal hipótese - quando medida provisória ainda pendente de apreciação pelo Congresso Nacional é revogada por outra - ficará suspensa a

[13] Assim dispõe o art. 20 da Resolução n.° 1/2002 do Congresso Nacional.

[14] ADIMC 221/DF, rei. Min. Moreira Alves, 16.09.1993.

eficácia daquela que foi objeto de revogação, até que haja pronunciamento do Poder Legislativo sobre a medida provisória revogadora. Posteriormente, na apreciação da medida provisória revogadora, se esta for convertida em lei, tornará definitiva a revogação; se não o for, retomará os seus efeitos a medida provisória que houvera sido objeto de revogação pelo período que ainda lhe restava para vigorar.[15]

Exemplificando, suponhamos que a MP 1 seja revogada pela MP 2, noventa dias após a sua edição, antes de ser concluída a sua apreciação no Congresso Nacional. Nessa situação, a publicação da MP 2 suspende a eficácia da MP 1; ulteriormente, na apreciação da MP 2, poderemos ter o seguinte: (a) caso a MP 2 seja convertida em lei, opera-se a definitiva revogação da MP 1; (b) caso a MP 2 seja rejeitada, a MP 1 retoma os seus efeitos, pelo tempo que ainda lhe restava de vigência (neste exemplo, por mais trinta dias, desconsiderando-se os períodos de recesso do Congresso Nacional).

Em decorrência desse entendimento do Supremo Tribunal Federal - segundo o qual é possível a revogação de medida provisória em tramitação por outra -, temos que é juridicamente viável a revogação de medida provisória que esteja obstruindo a pauta de uma das Casas Legislativas mediante a adoção de nova medida provisória pelo Presidente da República, hipótese em que teremos o afastamento do sobrestamento de pauta previsto no art. 62, § 6.°, da Constituição Federal.

Entretanto, é importante destacar que, também segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a matéria constante de medida provisória revogada não pode ser reeditada, em nova medida provisória, na mesma sessão legislativa.[16] Assim, se o Presidente da República edita a medida provisória "y" para revogar a medida provisória "x", a matéria constante desta última não poderá ser objeto de nova medida provisória na mesma sessão legislativa. Logo, caso o Presidente da República, na mesma sessão legislativa, queira tratar da matéria que constava da medida provisória por ele revogada, deverá utilizar-se de projeto de lei a ser encaminhado ao Congresso Nacional, hipótese em que poderá, inclusive, valer-se do processo legislativo sumário, solicitando às Casas Legislativas que apreciem a matéria sob o regime constitucional de urgência (art. 64, §§ 1.° ao 4.°).

[15] ADIMC 1.659/DF, rei. Min. Moreira Alves, 27.11.1997.
[16] ADI 3.964, rei. Min. Carlos Ayres Britto, 12.12.2007.

REVOGAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA POR OUTRA MEDIDA PROVISÓRIA

MP1	90 Dias após o envio ao Congresso Nacional	MP2 (revogadora)	Na publicação da MP2	Fica suspensa a eficácia da MP1 até a apreciação da MP2	
			Na apreciação da MP2	Se convertida em lei	Opera-se a revogação definitiva da MP1
				Se rejeitada	Restaura-se a eficácia da MP1, pelo prazo que lhe restava para vigorar (neste exemplo, por mais 30 dias)

7.2.16. Apreciação judicial dos pressupostos constitucionais

Matéria objeto de grande controvérsia na doutrina e, mesmo, na jurisprudência diz respeito à competência para aferição dos pressupostos constitucionais de urgência e relevância, justificadores da edição de medida provisória. Questiona-se se essa competência estaria no âmbito da esfera de discricionariedade do Presidente da República, ou se, diversamente, poderiam os Poderes Legislativo e Judiciário fiscalizar a presença de tais pressupostos.

A questão foi objeto de grande discussão também no âmbito do STF, tendo a Corte firmado orientação de que a aferição dos pressupostos de relevância e urgência tem caráter político, ficando sua apreciação, em princípio, por conta do Chefe do Executivo (no momento da adoção da medida) e do Poder Legislativo (no momento da apreciação da medida).

Todavia, se uma ou outra, relevância ou urgência, evidenciar-se improcedente, no controle judicial, o Poder Judiciário deverá decidir pela ilegitimidade constitucional da medida provisória.[17]

Conforme salientou o Ministro Celso de Mello,

> os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo ex-

[17] ADI 162/DF, rei. Min. Moreira Alves, 02.08.1993.

> pondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República.

A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apóia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais, como é o caso de edição de medida provisória.

Na esteira dessa orientação, temos que os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o art. 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de medidas provisórias, decorrem, em princípio, do juízo de discricionariedade, oportunidade e de valor do Presidente da República e do Poder Legislativo, **mas admitem o excepcional controle judiciário quando há excesso do poder de legislar.**

Ainda sobre a apreciação judicial dos pressupostos de urgência e relevância, cabe-nos examinar a questão referente aos efeitos da conversão em lei da medida provisória sobre os eventuais vícios na sua edição. A conversão da medida provisória em lei, pelo Congresso Nacional, tem o condão de convalidar o vício quanto à inexistência de urgência e relevância para a sua edição?

Examinando essa questão, inicialmente o Supremo Tribunal Federal havia firmado entendimento de que a conversão em lei da medida provisória teria o condão de superar as alegações de inocorrência de seus pressupostos constitucionais de urgência e relevância. Entretanto, o Tribunal Maior, posteriormente, abandonou essa orientação e passou a entender que a lei de conversão **não** convalida os vícios existentes na medida provisória, isto é, tais vícios poderão ser objeto de exame pelo Poder Judiciário mesmo após a conversão em lei da medida provisória."[8]

Significa dizer que a Corte Suprema passou a entender que os eventuais vícios ocorridos na edição da MP, no que tange à eventual ausência

[18] ADIMC 4.048-1/DF, rei. Min. Gilmar Mendes, 14.05.2008.

dos requisitos de urgência e relevância, contaminam a lei de conversão, podendo acarretar a invalidade desta. Caso não se tenha verificado a ocorrência dos referidos pressupostos na edição da medida provisória, a sua conversão em lei pelo Congresso Nacional não tem o condão de sanar essa irregularidade.

Assim, se for impugnada judicialmente uma medida provisória no tocante à manifesta ausência dos pressupostos constitucionais para sua edição - relevância e urgência -, a sua posterior conversão em lei antes do julgamento da ação judicial, segundo o STF, não prejudica o julgamento da ação, visto que a conversão em lei não supre a inocorrência dos pressupostos para a edição da medida provisória.

7.2.77. *Medida provisória* versus *lei delegada*

Na vigência da atual Constituição, o Presidente da República dispõe de competência para a instituição de dois atos normativos de natureza primária e geral, integrantes do nosso processo legislativo: a medida provisória (art. 62) e a lei delegada (art. 68).

Embora sejam dois atos normativos primários, ambos de competência do Presidente da República, há significativas diferenças entre eles. A lei delegada depende de delegação do Congresso Nacional, por meio de resolução (art. 68, § 2.°); a medida provisória independe de autorização legislativa (art. 62).

A medida provisória somente pode ser adotada diante da presença dos pressupostos constitucionais de urgência e relevância (art. 62), ao passo que a lei delegada não deve obediência a tais pressupostos, bastando, para a sua edição, a expedição da resolução de delegação pelo Congresso Nacional.

O procedimento de aprovação da lei delegada, conforme veremos adiante, é absolutamente distinto daquele de aprovação da medida provisória.

A eficácia da medida provisória é temporária, limitada a sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta, a contar de sua edição, visto que esse ato normativo depende de conversão em lei pelo Congresso Nacional. A vigência da lei delegada, salvo disposição em contrário no seu texto, não está sujeita a limite temporal.

As vedações à edição de medida provisória (art. 62, § 1.º) não são exatamente as mesmas impostas à adoção da lei delegada (art. 68, § 1.º). Os direitos individuais, por exemplo, não poderão ser objeto de delegação legislativa (CF, art. 68, § 1.°, II), mas poderão ser regulados por medida provisória.

Medida Provisória (art. 62)	Lei Delegada (art. 68)
Exige a presença dos pressupostos de urgência e relevância para sua adoção	Não exige a presença dos pressupostos de urgência e relevância para sua adoção
Não exige prévia autorização do Congresso Nacional	Exige prévia autorização do Congresso Nacional, mediante resolução
Eficácia temporária	Eficácia permanente
As vedações constitucionais à sua adoção estão nos arts. 25, § 2.°; 62, § 1."; e 246	As vedações constitucionais à sua adoção estão no § 1.° do art. 68

7.2.18. Medida provisória nos estados-membros

Os estados-membros podem adotar medidas provisórias, desde que essa espécie normativa esteja expressamente prevista na Constituição estadual e nos mesmos moldes impostos pela Constituição Federal, tendo em vista a necessidade da observância simétrica do processo legislativo federal.

O Supremo Tribunal Federal assentou entendimento de que é legítimo ao Governador do estado-membro expedir medidas provisórias em caso de relevância e urgência, desde que, primeiro, esse instrumento esteja expressamente previsto na Constituição do estado e, segundo, sejam observados os princípios e limitações impostas pela Constituição Federal, haja vista a inexistência no texto da Constituição Federal de qualquer cláusula que implique restrição ou vedação ao poder autônomo dos estados quanto ao uso de medidas provisórias.[19]

Nessa ação, salientou-se, ainda, o fato de que o texto constitucional, ao vedar a edição de medida provisória pelos estados relativamente à exploração e concessão dos serviços locais de gás canalizado (art. 25, § 2.°), implicitamente permitiu a adoção dessa espécie normativa por esses entes federados. Afinal, conforme assinalado pela Ministra Ellen Gracie, "concluir de forma diversa nos levaria a indagar inevitavelmente se teria sentido endereçar tal restrição ao presidente da República num dispositivo que trata apenas de atividade exclusiva dos outros partícipes da federação, que não a União, ou ainda por que motivo a Constituição Federal imporia uma proibição específica quanto à utilização pelos Estados-membros de um instrumento legislativo que lhes fosse vedado instituir".

[19] ADI 2.391/SC, rei. Min. Ellen Gracie, 16.08.2006.

Nessa esteira, entendemos que seria também legítimo aos municípios instituírem a espécie legislativa medida provisória, desde que prevista na sua Lei Orgânica e, na sua adoção, fossem fielmente observados os limites estabelecidos pela Constituição Federal.

Cabe destacar, entretanto, que essa última questão - possibilidade de os municípios instituírem medida provisória - não foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal.

7.3. Leis delegadas

As leis delegadas são elaboradas pelo Presidente da República, que solicitará a competente delegação ao Congresso Nacional (CF, art. 68).

Assim como as demais espécies integrantes do nosso processo legislativo, a lei delegada consubstancia ato normativo primário, pois haure seu fundamento de validade diretamente da Constituição.

Porém, seu campo de atuação sofre algumas restrições, não podendo cuidar de qualquer matéria, tendo em vista o disposto no art. 68, § 1.°, da Constituição Federal (observe-se, nesse dispositivo, que a CF não impede a delegação legislativa em matéria de instituição e majoração de tributo).

De regra, a matéria vedada à medida provisória (art. 62, § 1.º) coincide com a que é proibida à lei delegada (art. 68, § 1.º). Essa coincidência, porém, não é absoluta, pois há proibições que se aplicam somente à medida provisória (dispor sobre seqüestro de bens, por exemplo), bem como vedações que somente foram impostas à lei delegada (dispor sobre direitos individuais, por exemplo).

A delegação legislativa opera-se por meio de resolução do Congresso Nacional. Essa delegação deverá ser limitada, especificando a resolução o conteúdo e os termos para o seu exercício (CF, art. 68, § 2.°). Será flagrantemente inconstitucional um ato de delegação genérico, vago, impreciso, que passe ao Presidente da República um verdadeiro "cheque em branco" em termos de competência legislativa.

Aliás, é relevante destacar que o STF firmou entendimento de que a resolução **não** pode ser validamente substituída, em tema de delegação legislativa, por lei comum, pois o processo legislativo de formação desta não se ajusta à disciplina ritual fixada pelo art. 68 da Constituição.[20]

O processo de elaboração de lei delegada é desencadeado por meio da solicitação de autorização pelo Presidente da República ao Congresso Nacional para a edição de lei sobre determinada matéria.

[20] ADI 1.296/CE, rei. Min. Celso de Mello, 14.06.1995.

Efetivada a solicitação pelo Chefe do Executivo, o Congresso Nacional a examinará e, sendo aprovada, terá a forma de resolução, que especificará o conteúdo e os termos para o exercício da delegação concedida.

A delegação poderá ser típica ou atípica.

Na delegação **típica** (que é a regra, presumível nesse tipo de ato), o Congresso Nacional concede os plenos poderes para que o Presidente da República elabore, promulgue e publique a lei delegada, sem participação ulterior do Poder Legislativo. Na delegação típica, uma vez efetivada a delegação pelo Congresso Nacional, daí por diante todo o processo de elaboração da lei delegada esgotar-se-á no âmbito do Poder Executivo: o Presidente da República elaborará, promulgará e publicará a lei delegada.

Entretanto, a resolução poderá determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, caso em que teremos a denominada **delegação atípica.** Nesse caso, o Presidente da República elaborará o projeto de lei delegada e o submeterá à apreciação do Congresso Nacional, que sobre ele deliberará, em votação única, vedada qualquer emenda.

Observa-se que, nessa situação, o Congresso Nacional somente poderá aprovar ou rejeitar, integralmente, o projeto elaborado pelo Presidente da República, visto que a Constituição Federal veda a apresentação de qualquer emenda (CF, art. 68, § 3.°). Caso o projeto seja aprovado, a lei delegada será encaminhada ao Presidente da República, para que a promulgue e publique.

Se ocorrer rejeição integral do projeto de lei delegada, este será arquivado, somente podendo ser reapresentado, na mesma sessão legislativa, por solicitação da maioria absoluta dos membros de uma das Casas do Congresso Nacional (CF, art. 67).

Nessa segunda modalidade de lei delegada - delegação atípica -, pode-se dizer que ocorre uma inversão do processo legislativo de elaboração das leis (Manoel Gonçalves Ferreira Filho).

Com efeito, no processo legislativo de elaboração das leis ordinárias, o Congresso Nacional estabelece as regras e o Presidente da República as sanciona. Nessa hipótese de lei delegada ocorre o inverso: o Presidente da República, por delegação, elabora as regras (projeto de lei delegada) e as submete ao Congresso Nacional, para apreciação em votação única, vedada qualquer emenda. Nas palavras do Professor Manoel Gonçalves Filho, o Congresso Nacional é quem "sanciona" o projeto de lei delegada do Executivo.

Ora, essa previsão constitucional, em verdade, é dotada de pouca utilidade, porque, para elaborar um projeto de lei e submetê-lo à apreciação do Congresso Nacional, o Presidente da República não necessita de delegação, haja vista já possuir legitimação ampla, fixada no art. 61 da Constituição

Federal. A nosso ver, a vantagem desse procedimento - a delegação legislativa atípica -, seria a impossibilidade de apresentação de emenda parlamentar ao projeto de lei delegada, elaborado pelo Executivo.

A delegação não vincula o Presidente da República, que, mesmo diante dela, poderá não editar lei delegada alguma, vale dizer, mesmo havendo solicitado a delegação e obtido a resolução do Congresso Nacional o Presidente da República pode abster-se de elaborar a lei delegada.

Por outro lado, o ato de delegação do Congresso Nacional não impede que o Legislativo venha a cuidar da matéria, mediante lei, diante da omissão do Presidente da República em editar a lei delegada. Mesmo durante o prazo concedido ao Presidente da República para a edição da lei delegada, o Congresso Nacional pode disciplinar a matéria objeto da delegação, mediante lei ordinária. A delegação não retira do Legislativo seu poder de regular a matéria, não há renúncia ao seu poder de editar lei sobre a matéria.

Da mesma forma, não há impedimento para que o Congresso Nacional, antes de encerrado o prazo fixado na resolução, revogue a delegação.

A Carta da República outorgou ao Congresso Nacional a competência para sustar os atos do Executivo que exorbitem os limites da delegação legislativa (CF, art. 49, V).

Conforme vimos, a delegação legislativa deve ter conteúdo determinado, preciso, definido, não podendo constituir um "cheque em branco" para a atuação legislativa do Presidente da República.

Assim, caso o Chefe do Executivo extrapole o objeto da delegação, legislando além dos limites traçados pela resolução, o Congresso Nacional poderá, por ato próprio, sustar os efeitos da lei delegada exorbitante. O ato de sustação do Congresso Nacional surtirá efeitos não-retroativos *(ex nunc)*, porquanto não se cuida de pronúncia de inconstitucionalidade, mas sim de sustação de eficácia.

Por força desse dispositivo constitucional (art. 49, V), temos que, na hipótese de extrapolação dos limites da delegação legislativa pelo Presidente da República, o Congresso Nacional não precisará recorrer ao Poder Judiciário para paralisar os efeitos da lei delegada exorbitante, podendo o próprio Parlamento, por decreto legislativo, sustar os seus efeitos. Esse controle legislativo, de natureza política, tem recebido da doutrina a denominação **"veto legislativo".**

Entretanto, cabe ressaltar que esse controle legislativo não obsta a eventual declaração de inconstitucionalidade da lei delegada pelo Poder Judiciário, seja quanto ao seu conteúdo material, seja por desrespeito aos requisitos formais do processo legislativo dessa espécie normativa.

Por outro lado, o ato do Congresso Nacional, que, nos termos do art. 49, inciso V, da Carta Federal, susta os efeitos de ato normativo do Poder Executivo, está sujeito, por sua vez, ao controle repressivo judicial.

Significa dizer que, baixado o ato de sustação pelo Congresso Nacional, poderá o Chefe do Executivo pleitear judicialmente a declaração de sua inconstitucionalidade, por meio de ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. Caso o STF julgue a ADI procedente, o ato do Congresso Nacional será retirado do ordenamento jurídico (eficácia *erga omnes)* e o ato do Poder Executivo, que estava com a eficácia sustada, retomará seus plenos efeitos.

Embora disciplinada constitucionalmente, nos termos acima expendidos, o fato é que a lei delegada "não pegou" no Brasil, em virtude da existência de outro ato normativo com força de lei que pode ser diretamente editado pelo Presidente da República, independentemente de delegação legislativa - a medida provisória.

7.4. Decretos legislativos

Os decretos legislativos são atos do Congresso Nacional destinados ao tratamento de matérias da sua competência exclusiva, para as quais a Constituição dispensa a sanção presidencial.

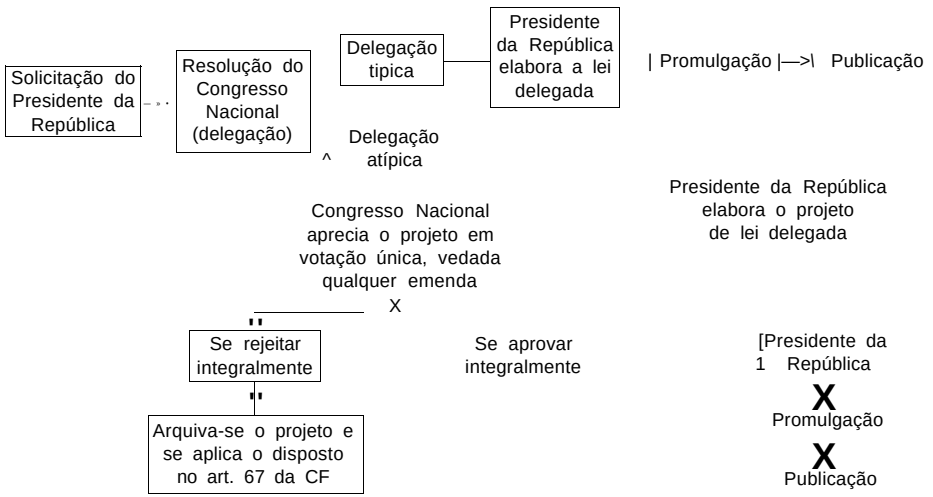
Conforme lição de Pontes de Miranda, "decretos legislativos são as leis a que a Constituição não exige a remessa ao Presidente da República para sanção (promulgação ou veto)".

Na Constituição de 1988, o campo do decreto legislativo é o das matérias mencionadas no art. 49. Fora esse artigo, e ressalvado o campo específico da lei, a espécie cabível é a resolução, especialmente nos casos especificados nos arts. 51 e 52 da Constituição Federal.

Entre as funções do decreto legislativo, destacam-se a aprovação definitiva dos tratados, acordos e atos internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil (CF, art. 49, I) e a regulação dos efeitos de medida provisória não convertida em lei pelo Congresso Nacional (CF, art. 62, § 3.°).

Por fim, cabe salientar que o decreto legislativo não pode ser confundido com o decreto administrativo, de competência do Chefe do Executivo.

PROCESSO LEGISLATIVO DE LEI DELEGADA


Solicitação do Presidente da República
Resolução do Congresso Nacional (delegação)
Delegação tipica
Presidente da República elabora a lei delegada
| Promulgação |—>\ Publicação
Delegação atípica
Presidente da República elabora o projeto de lei delegada
Congresso Nacional aprecia o projeto em votação única, vedada qualquer emenda
X
Se rejeitar integralmente
Se aprovar integralmente
[Presidente da 1 República
X
Promulgação
X
Publicação
Arquiva-se o projeto e se aplica o disposto no art. 67 da CF

O decreto legislativo é espécie normativa primária, de hierarquia legal, integrante do processo legislativo, privativa do Congresso Nacional, para o trato de matérias de sua competência exclusiva.

O decreto do Executivo é ato administrativo secundário, de hierarquia infralegal, não integrante do processo legislativo, de competência do Chefe do Executivo, para, precipuamente, regulamentar a aplicação das leis (exercício do poder regulamentar de que é titular o Chefe do Executivo, nos termos do art. 84, IV, da Constituição Federal). Mesmo nas restritas hipóteses em que é cabível o decreto autônomo (CF, art. 84, VI), não integra ele o processo legislativo.

Embora a Carta Política tenha enumerado como objeto do processo legislativo a elaboração de decretos legislativos, nada disse sobre o procedimento de sua formação. Em face dessa ausência de regramento, coube aos regimentos internos das Casas Legislativas o estabelecimento do processo de formação de tal espécie normativa.

Cabe destacar, apenas, que o processo legislativo do decreto legislativo, como ato privativo do Congresso Nacional, será realizado obrigatoriamente por meio da atuação das duas Casas do Congresso Nacional e que, ademais, não haverá participação do Chefe do Executivo no procedimento, para o fim de sanção, veto ou promulgação.

7.5. Resoluções

As resoluções são deliberações que uma das Casas do Congresso Nacional, ou o próprio Congresso Nacional toma, fora do processo de elaboração das leis e sem ser lei (Pontes de Miranda).

São atos utilizados pelas Casas Legislativas, separadamente, ou pelo Congresso Nacional, para dispor sobre assuntos políticos e administrativos de sua competência, que não estejam sujeitos à reserva de lei.

As matérias constitucionais que recebem tratamento por meio de resolução são, basicamente, aquelas constantes dos arts. 51 e 52 da Constituição Federal, que apontam as competências da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, respectivamente.

Entretanto, a Constituição Federal requer a edição de resolução, também, em outros dispositivos constitucionais, a saber:

a) a delegação legislativa para a edição de lei delegada será efetivada por meio de resolução do Congresso Nacional (art. 68, § 2.°);

b) as alíquotas máximas do imposto da competência dos estados e do Distrito Federal, sobre transmissão *causa mortis* e doações, de quaisquer bens ou direitos, serão fixadas por resolução do Senado Federal (art. 155, § 1.°, IV);

c) a fixação das alíquotas do ICMS aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação será feita por meio de resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros (art. 155, §2.°, IV);

d) é facultado ao Senado Federal, ainda, por meio de resolução, fixar as alíquotas mínimas e máximas do ICMS, nas condições estabelecidas no art. 155, § 2.°, V;

e) a fixação das alíquotas mínimas do IPVA deve ser feita por meio de resolução do Senado Federal (art. 155, § 6.°, I);

f) a suspensão de execução de lei declarada inconstitucional pelo STF é efetivada por meio de resolução do Senado Federal (art. 52, X).

A precisa determinação do campo de alcance do decreto legislativo e da resolução não é matéria fácil.

Uma distinção tradicional entre essas espécies normativas era a que apontava à resolução a competência para o tratamento de matérias de caráter interno das Casas do Congresso Nacional ou do próprio Congresso Nacional. Nessa acepção, caberia ao decreto legislativo a disciplina de matéria externa aos órgãos do Poder Legislativo.

Na vigente Constituição, porém, essa distinção perdeu relevância, haja vista a previsão de disciplinamento de matérias de caráter nitidamente externo por meio de resolução, como são exemplos a delegação legislativa (art. 68, § 2.º) e a fixação, em certas situações, das alíquotas de ICMS, imposto de competência dos estados-membros e do Distrito Federal (art. 155, § 2.°, IV e V).

Na prática, portanto, a efetiva distinção no emprego dessas espécies normativas tem sido fixada pelos regimentos das Casas Legislativas e do próprio Congresso Nacional, que apontam, matéria a matéria, quando é o caso de uma ou de outra.

Vale lembrar, apenas, que, enquanto as resoluções podem ser expedidas pela Câmara dos Deputados, pelo Senado Federal ou pelo Congresso Nacional, os decretos legislativos são atos privativos do Congresso Nacional.

A Constituição Federal não estabeleceu o processo legislativo para a elaboração da espécie normativa resolução, deixando essa matéria à competência do Regimento Interno das Casas Legislativas e do Congresso Nacional.

Impende destacar que, se a resolução for do Congresso Nacional, o procedimento será bicameral, com atuação obrigatória das duas Casas do Congresso Nacional. Diversamente, se o ato legislativo for da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, haverá procedimento somente no âmbito da respectiva Casa, evidentemente.

A promulgação da resolução será efetivada pelo Presidente da respectiva Casa: se a resolução for do Congresso Nacional ou do Senado Federal, será promulgada pelo Presidente do Senado Federal; se a resolução for da Câmara dos Deputados, ao Presidente desta Casa caberá o ato de promulgação.

Cabe destacar, ademais, que, no processo legislativo de aprovação das resoluções, como ato privativo do Poder Legislativo, não haverá participação do Chefe do Executivo para o fim de sanção, veto ou promulgação.

8. PROCESSO LEGISLATIVO NOS ESTADOS-MEMBROS E MUNICÍPIOS

As regras básicas do processo legislativo previstas na Constituição Federal são de observância obrigatória no âmbito dos estados-membros, Distrito Federal e municípios, dada a sua implicação com o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes.

São, portanto, várias as matérias previstas no processo legislativo federal que vinculam os entes federativos.

Assim, somente poderão ser adotadas pelos entes federativos as espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal e, também, o procedimento e *quorum* para a aprovação deverão ser análogos - maioria simples para lei ordinária; maioria absoluta para lei complementar; três quintos para emenda à Constituição etc.

De igual forma, as hipóteses de iniciativa reservada previstas na Constituição Federal, relativamente ao Presidente da República, ao Poder Judiciário e ao Procurador-Geral da República, vinculam os entes federados. O mesmo ocorre com as matérias que são de iniciativa concorrente na esfera federal, que também o são nos processos legislativos locais (na lei complementar de organização do Ministério Público, por exemplo).

As diferentes fases do procedimento legislativo federal (apreciação legislativa, sanção, veto, apreciação do veto, irrepetibilidade de projetos rejeitados na mesma sessão legislativa etc.) deverão ser seguidas pelos entes federados, ressalvada a peculiaridade do Poder Legislativo local, que é unicameral.

Enfim, os estados-membros, o Distrito Federal e os municípios poderão adotar as mesmas espécies legislativas previstas na Constituição Federal (CF, art. 59), mas, ao fazê-lo, deverão obedecer ao modelo de processo legislativo estabelecido pelo legislador constituinte federal, no tocante à iniciativa, aos procedimentos legislativos para sua elaboração, às deliberações, às vedações etc.

9. RELAÇÃO HIERÁRQUICA ENTRE AS ESPÉCIES NORMATIVAS

Dizemos que há hierarquia entre duas espécies normativas quando uma delas é fundamento de validade da outra. Ademais, quando há hierarquia entre duas espécies de normas - espécie X e espécie Y, sendo X hierarquicamente superior a Y -, a norma X, uma vez em vigor, revoga todas as normas Y a ela anteriores, que sejam com ela incompatíveis, e, além disso, as normas Y que venham a ser editadas posteriormente à norma X não podem com ela conflitar, sob pena de invalidade da eventual norma Y superveniente conflitante.

Em um ordenamento que adote Constituição do tipo rígida, como o nosso, as normas constitucionais situam-se num patamar de superioridade em relação a todas as demais espécies do ordenamento jurídico, funcionando como fundamento de validade para estas, significa dizer, a rigidez dá origem ao denominado princípio da supremacia da Constituição.

A superioridade hierárquica da Constituição perante as normas infraconstitucionais, a rigor, existe tanto para as normas constitucionais originárias, quanto para as normas constitucionais derivadas, resultantes de emendas à Constituição.

Com efeito, as emendas à Constituição, desde que elaboradas segundo os comandos traçados pelo legislador constituinte originário, têm a mesma força hierárquica das normas constitucionais originárias. Se houver respeito ao procedimento e às limitações impostos pelo poder constituinte originário (CF, art. 60), a emenda constitucional ingressará no ordenamento jurídico com a mesma posição hierárquica das demais normas constitucionais, no ápice do ordenamento jurídico.

Entretanto, se forem desrespeitadas as limitações à edição de emendas à Constituição, ou os procedimentos para a sua elaboração, estabelecidos pelo constituinte originário, a emenda constitucional incorrerá em inconstitucionalidade, devendo ser retirada do ordenamento jurídico segundo as regras do controle jurisdicional de constitucionalidade. E relevante enfatizar essa distinção: as normas constitucionais editadas pelo constituinte originário não estão sujeitas a controle de constitucionalidade, ao passo que as normas decorrentes de emendas à Constituição submetem-se ao controle jurisdicional de constitucionalidade, tanto na via difusa quanto na concentrada.

As normas constitucionais não têm relação de hierarquia entre si. Tanto as normas constitucionais originárias quanto as introduzidas ou alteradas por emendas à Constituição legitimamente editadas, tanto as normas substancialmente constitucionais quanto as normas só formalmente constitucionais, tanto as normas do corpo permanente da Constituição quanto as do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, todas elas situam-se no mesmo patamar hierárquico e todas elas são hierarquicamente superiores às demais normas integrantes do nosso ordenamento jurídico.

A última afirmação feita merece uma ressalva: o § 3.° do art. 5.° da Constituição, acrescentado pela EC n.° 45/2004, estabelece que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."

Dessarte, não é absolutamente rigorosa a afirmação de que as normas constantes da Constituição estão acima de todas as demais normas do nosso ordenamento jurídico. Elas não estão acima dos tratados internacionais sobre direitos humanos que sejam aprovados conforme prevê o § 3.° do art. 5.° da Constituição. Para sermos inteiramente precisos, será necessário afirmar que as normas constantes da Constituição, inclusive normas vazadas em emendas constitucionais legitimamente editadas, bem como os tratados internacionais que sejam validamente aprovados conforme dispõe o § 3.° do art. 5.° da Constituição, estão hierarquicamente acima de todas as demais normas do nosso ordenamento jurídico.

A supremacia referida nos parágrafos precedentes impõe-se mesmo às Constituições dos estados e às Leis Orgânicas dos municípios e do Distrito

Federal, as quais devem estrita observância aos comandos e princípios plasmados na Constituição Federal.

Analisemos, agora, as relações existentes entre as demais espécies normativas integrantes de nosso processo legislativo. Os tratados internacionais serão estudados em item específico, ao final deste tópico.

As espécies normativas integrantes do nosso processo legislativo são denominadas "normas primárias", porque fundamentam sua validade direta e exclusivamente na Constituição. Prevalece entre nós o entendimento de que todas as espécies normativas que integram o nosso processo legislativo, com exceção das emendas constitucionais, situam-se no mesmo nível hierárquico. Leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções são todos espécies normativas primárias, que retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição, e, como tais, situam-se em um mesmo nível hierárquico.

Essa posição doutrinária dominante - e que também prevalece na jurisprudência do STF - é claramente exposta pelo Professor Celso Bastos, nos termos seguintes:

> Não existe hierarquia entre as espécies normativas elencadas no art. 59 da Constituição Federal. Com exceção das Emendas, todas as demais espécies se situam no mesmo plano. A lei complementar não é superior à lei ordinária, nem esta à lei delegada, e assim por diante. O que distingue uma espécie normativa da outra são certos aspectos na elaboração e o campo de atuação de cada uma delas.

Dessa forma, além de diferenças formais, relativas aos procedimentos exigidos para sua elaboração, a distinção entre as espécies primárias reside na esfera de atuação de cada uma, delineada constitucionalmente.

Significa dizer que o legislador constituinte, em vez de fixar uma rígida hierarquia vertical entre as diferentes espécies normativas, optou pelo denominado princípio da especialidade, delimitando o campo específico de atuação de cada uma delas, que não pode ser invadido por outra.

Assim, a lei complementar dispõe de campo próprio de atuação, delineado na Constituição, não podendo invadir a esfera reservada pelas normas constitucionais de competência aos decretos legislativos e às resoluções. Da mesma forma, a medida provisória não pode disciplinar matéria reservada à lei complementar, à resolução ou ao decreto legislativo, tampouco aquelas que lhe são expressamente vedadas pelo texto constitucional (CF, arts. 25, § 2.°; 62, § 1.°, e 246). A lei delegada também está sujeita às limitações materiais que lhe foram impostas pelo art. 68, § 1.°, da Carta Federal. O mesmo raciocínio pode ser aplicado às resoluções e aos de-

cretos legislativos, que não podem disciplinar matéria reservada a outra espécie legislativa.

A partir desse entendimento - inexistência de hierarquia entre as espécies normativas primárias c delimitação constitucional do campo de atuação de cada uma delas conforme o critério de especialidade -, temos que os eventuais conflitos entre tais normas cingir-se-ão sempre à invasão de competência de uma pela outra. Se uma espécie invadir campo constitucionalmente outorgado a outra, estará desrespeitando a Constituição e, pois, padecerá de inconstitucionalidade formal. Enfim, o conflito não será resolvido tendo-se em conta uma relação vertical (hierárquica) entre as espécies envolvidas, mas sim de acordo com a Constituição Federal, identificando-se o campo de atuação de cada espécie normativa (princípio da especialidade). Prevalecerá, no caso concreto, a espécie normativa que a regra constitucional de competência aplicável exigir para o trato da matéria.

Se uma lei complementar cuidar de uma matéria reservada constitucionalmente à resolução do Senado Federal, padecerá de flagrante inconstitucionalidade formal. Mas não por ser a lei complementar hierarquicamente inferior à resolução. Será inconstitucional por estar desrespeitando a esfera reservada à espécie resolução (princípio da especialidade). Esse mesmo raciocínio é aplicável na situação inversa, se uma resolução disciplinar matéria constitucionalmente reservada à lei complementar.

Exemplificando: a Constituição Federal exige resolução do Senado Federal para a fixação das alíquotas do ICMS nas operações interestaduais (CF, art. 155, § 2.°, IV). Caso tais alíquotas sejam fixadas mediante lei ordinária ou complementar, ou mesmo por meio de resolução do Congresso Nacional, haverá inconstitucionalidade formal, em razão de invasão (indevida) do campo de atuação da resolução do Senado por norma de outra espécie, mesmo que se trate de norma cujo processo legislativo seja mais complexo.

Maior atenção deve ser dada aos conflitos que podem surgir entre lei ordinária e lei complementar, especialmente porque a única diferença formal que existe entre elas reside no ***quorum*** exigido para a aprovação de cada uma (lei ordinária exige maioria simples e lei complementar tem que ser aprovada por maioria absoluta).

Apesar de essa diferença de *quorum* de aprovação, repita-se, única distinção formal entre lei ordinária e lei complementar, induzir à idéia de que a lei complementar seria hierarquicamente superior à lei ordinária, o certo é que, segundo a jurisprudência do STF e de boa parte da doutrina constitucionalista, entre a lei ordinária e a lei complementar também inexiste hierarquia, mas, tão-somente, aplicação do princípio da especialidade. Há, contudo, uma diferença importante, em comparação com as demais situações de conflitos entre espécies normativas: no caso de o legislador adotar uma

lei complementar para tratar de matéria que devesse ser disciplinada por lei ordinária, a lei complementar será **válida,** mas será considerada materialmente uma lei ordinária e, sendo assim, passível de ser modificada ou mesmo revogada por uma lei ordinária superveniente. Detalhemos um pouco mais esse importante assunto.

Consoante mencionado, a tese que prevaleceu na jurisprudência do STF foi a de não existência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. Para o Tribunal, a distinção entre elas deve ser aferida em face da Constituição, considerando o campo de atuação de cada uma.

Assim, entende a nossa Corte Constitucional que a lei complementar só possui tal natureza quando disciplina matéria especificamente reservada na Constituição a essa espécie normativa. Somente a partir da matéria indicada em dispositivo constitucional como reservada é que se identifica uma lei complementar.

Corolário desse entendimento são as seguintes orientações emanadas do Supremo Tribunal Federal:

a) não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, mas sim campos específicos de atuação de cada uma dessas espécies normativas (a distinção é feita *ratione materiae);*

b) só é lei complementar formal e material aquela aprovada por maioria absoluta pelas Casas do Congresso Nacional e que trate de matéria reservada pela Constituição para esse tipo de lei;

c) lei ordinária, lei delegada e medida provisória não podem regular matéria reservada pela Constituição à lei complementar, sob pena de incorrerem em vício de inconstitucionalidade formal;

d) lei complementar pode tratar de matéria ordinária, sem incorrer em vício de inconstitucionalidade formal, mas, nesse caso, tal lei será apenas formalmente complementar (será materialmente ordinária), isto é, o conteúdo dessa lei permanecerá com *status* ordinário. Logo, poderá ser posteriormente modificada ou revogada por lei ordinária.

A nosso ver, conquanto possam ser levantados alguns argumentos consistentes contra essa posição de nossa Corte Maior, ela é a que se mostra mais compatível com nosso ordenamento constitucional. Com efeito, caso o Congresso Nacional (ou as outras Casas Legislativas da Federação) pudesse, a seu arbítrio, regular por meio de lei complementar matérias não reservadas a essa espécie normativa e, assim fazendo, impossibilitasse que a disciplina dessa matéria, no futuro, fosse modificada por lei ordinária, teria ele o poder de engessar as futuras legislaturas, tornando indevidamente dificultosa a disciplina de matéria para a qual o constituinte não previu necessidade de

aprovação por maioria absoluta. Como conseqüência, o Congresso Nacional teria a possibilidade de, sempre que desejasse, substituir pela sua a vontade do constituinte originário, tornando necessária lei complementar para regulamentar matérias para as quais o constituinte somente exigiu lei ordinária.

Seria, todavia, um exagero declarar inconstitucional, com base no princípio da especialidade, uma lei complementar que disciplinasse matéria ordinária (afinal, trata-se de um ato legislativo cujo processo legislativo é idêntico ao da lei ordinária, com a única diferença do *quorum* de aprovação, que é de maioria absoluta, e não relativa). Mais razoável nos parece, realmente, como o faz o STF, considerar válida a lei complementar, porém passível de revogação ou modificação por lei ordinária, uma vez que é esta a espécie normativa exigida, pela Constituição, para o regramento da matéria.

Em nosso ordenamento jurídico, além dos atos primários - que, como visto, caracterizam-se por derivarem diretamente da Constituição, sem haurir sua validade de nenhuma outra fonte -, há inúmeros outros atos normativos, que, por serem editados com a finalidade de regulamentar algum outro ato infraconstitucional, são, de forma genérica, chamados atos infralegais.

Tais atos têm natureza administrativa e são editados para regulamentar atos primários, com o escopo de lhes dar fiel execução, ou mesmo para regulamentar outros atos infralegais. Assim, os decretos, atos administrativos privativos do Chefe do Poder Executivo, prestam-se, como regra, a regulamentar as leis, a fim de dar a elas fiel execução. Pode ocorrer, ainda, de um órgão do Poder Executivo, digamos, uma secretaria de um ministério, necessitar da edição de normas algo mais detalhadas do que as de um decreto e, assim, a autoridade máxima dessa secretaria, existindo competência legal para tanto, editar um outro ato normativo, por exemplo, uma instrução normativa, regulamentando o decreto. Essa seqüência de atos normativos pode prosseguir conforme o escalonamento vertical dos órgãos administrativos da Administração Pública. São todos eles atos infralegais e, além de estarem integralmente sujeitos à lei, guardam entre si relação hierárquica, na mesma correspondência da estrutura hierarquizada dos órgãos que os expeçam. É claro que, na Administração Pública, como a autoridade máxima é o Chefe do Poder Executivo, os decretos são os atos infralegais de maior hierarquia.

Repita-se, entretanto: os decretos regulamentares, vale dizer, os decretos expedidos em função das leis com o fim de lhes dar fiel execução, editados com base na competência prevista no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal,[21] são atos infralegais, não integrando, portanto, o nosso processo

Esse dispositivo especifica as competências do Presidente da República; os Chefes do Poder Executivo dos demais entes federados, isto é, os Governadores e Prefeitos, expedem também decretos regulamentares das leis do respectivo ente, conforme esteja previsto nas suas Constituições ou Leis Orgânicas.

legislativo. São editados em função das leis que estejam regulamentando e, teoricamente, não inovam em nada o ordenamento jurídico, contendo apenas disposições que explicitam, desdobram, detalham o conteúdo da lei, sem exorbitá-la nem, muito menos, contrariá-la (diz-se que os decretos regulamentares não podem ser *contra legem* nem *praeter legem,* mas, tão-somente, *secundum legem).*

Nessa situação, se o decreto desbordar da lei, será ilegítimo, podendo ser sustado por ato do Congresso Nacional, nos termos do art. 49, V, da Constituição Federal.

Expendido, acima, o conceito de decreto regulamentar, é importante anotar que, em setembro de 2001, nosso legislador constituinte de reforma introduziu no texto constitucional, por meio da EC n.° 32/2001, uma espécie de decreto que não pode ser enquadrado como ato meramente secundário, visto que seu fundamento de validade está direta e imediatamente na Constituição. Trata-se da excepcional figura do **decreto autônomo,** previsto no atual art. 84, VI, da Lei Maior.

Nesse dispositivo, a Constituição Federal outorga competência privativa ao Presidente da República para dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da Administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Sobre essa hipótese específica de edição de decretos com base exclusivamente no texto constitucional, introduzida pela EC n.° 32/2001 mediante a alteração do inciso VI do art. 84 da Constituição, consideramos oportuno apontar os seguintes pontos relevantes:

1) não se está diante de hipótese de edição de decreto regulamentar; não são esses decretos meros atos secundários, porque não há lei alguma em função das quais sejam expedidos, vale dizer, não se destinam a regulamentar determinada matéria disciplinada em uma lei a fim de lhe dar execução - estão, sim, cuidando originariamente, e de forma autônoma, de matéria específica e determinada;

2) nessa situação, o decreto do Presidente da República tem *status* de norma primária, que haure sua competência direta e exclusivamente da Constituição;

3) o desempenho dessa competência do Chefe do Executivo - estabelecida no art. 84, VI, da Constituição - poderá ser delegado aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, diferentemente do que ocorre com a edição de decretos regulamentares, que é indelegável (CF, art. 84, parágrafo único);

4) por força do princípio federativo, a autorização constante do art. 84, VI, da Constituição, direcionada ao Presidente da República, é aplicável no âmbito dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, permitindo-se aos Governadores e Prefeitos o desempenho de tais atribuições, bem como a sobrcmencionada delegação, se for o caso.

Por fim, é importante saber que, no Brasil, não existe hierarquia entre leis federais, estaduais, municipais ou do Distrito Federal, sejam de que espécie forem (complementares, ordinárias, delegadas).

Em nossa Federação, a Constituição da República fundamenta a validade de todas as regras jurídicas da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Assim, uma lei federal só será válida se estiver no seu âmbito de atuação, traçado na Constituição Federal; uma lei estadual é legítima caso esteja de acordo com a esfera de competência do estado-membro para regular determinada matéria, nos termos da mesma Constituição Federal; de igual modo, uma lei municipal retira seu fundamento de validade do rol de competência que foi conferido ao município pela Constituição Federal.

Se uma lei federal invadir a competência estadual ou municipal, será inválida e inconstitucional. Nessa situação, enfatize-se, não se trata de hierarquia, mas de conflito de competências, a ser resolvido sempre com base na Constituição Federal.

Não há, portanto, que se falar em hierarquia entre normas oriundas de entes estatais distintos, autônomos, como na nossa Federação. Em caso de conflito entre lei federal, estadual e municipal, prevalecerá sempre aquela competente para a disciplina da matéria. Caso a lei federal esteja, por exemplo, invadindo competência do município, a lei municipal é que prevalecerá.

Se houver conflito entre uma lei federal e uma lei municipal no estabelecimento do horário de funcionamento de farmácia da municipalidade, prevalecerá a lei municipal, pois se cuida de assunto de interesse local, de competência da municipalidade (CF, art. 30, I). Diversamente, se o conflito entre tais leis instaurar-se acerca da fixação do horário de funcionamento das agências bancárias, prevalecerá a norma federal, pois tal assunto está no âmbito da competência material da União, por envolver tema de predominante interesse nacional (sistema financeiro nacional).

Situação diversa temos com os atos constitutivos dos entes federativos, visto que entre eles há hierarquia. Não podemos afirmar que a Constituição Federal, a Constituição do estado, a Lei Orgânica do Distrito Federal e a Lei Orgânica do município estejam no mesmo nível hierárquico.

Em relação a esses atos constitutivos, a seguinte situação se verifica: no patamar hierárquico mais elevado está a Constituição Federal; em um nível

intermediário, imediatamente inferior, temos, paralelamente entre si, cada uma das Constituições dos estados-membros e a Lei Orgânica do Distrito Federal (entre cada uma delas não há hierarquia, mas todas se encontram em um nível hierárquico imediatamente inferior ao da Constituição Federal); em um degrau inferior, no terceiro e último nível, devendo obediência à Constituição do respectivo estado-membro e à Constituição Federal, temos a Lei Orgânica dos municípios (a Lei Orgânica de cada município deve respeitar, simultaneamente, a Constituição do estado-membro a que ele pertence e a Constituição Federal, conforme determina a própria Constituição Federal, em seu art. 29, *caput).*[21]

Há, ainda, uma situação específica em que o próprio texto constitucional estabelece uma relação de preponderância da lei federal sobre a lei estadual. Cuida-se da denominada competência legislativa concorrente, quando a União, os estados e o Distrito Federal concorrem entre si na regulação de certas matérias, arroladas nos incisos do art. 24 da Constituição Federal. De fato, ao disciplinar a atuação dos diferentes entes políticos no âmbito da legislação concorrente, dispõe a Constituição Federal que as leis de **normas gerais** da União sobre as matérias listadas nos incisos do art. 24 devem ser observadas pelos estados (e pelo Distrito Federal), que, quanto a elas, exercem competência suplementar. Somente se inexistirem as leis federais de normas gerais é que os estados e o Distrito Federal exercem competência legislativa plena relativamente a essas matérias, mas "a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário" (CF, art. 24, §§ 1.° a 4.°).

9.1. Tratados internacionais e suas relações com as demais espécies normativas

No Brasil, compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (CF, art. 84, VIII). Após a celebração pelo Presidente da República, a competência para a aprovação desses atos internacionais é exclusiva do Congresso Nacional (CF, art. 49, I), que o fará por meio de decreto legislativo (ato que exige maioria simples dos votos dos membros de cada casa do Congresso Nacional, e não está sujeito a sanção ou veto). Para que o ato internacional tenha vigência e eficácia no direito interno brasileiro é necessário, ainda, que lhe seja dada publicidade, o que é feito mediante decreto do Presidente da República (diz-se que esse decreto **promulga** o tratado).

[21] "Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, **atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado** e os seguintes preceitos:....." (Grifou-se.)

Portanto, o sistema de internação dos tratados internacionais, no Brasil, segue os seguintes passos:

1) assinatura (vontade de obrigar-se, expressa pelo Presidente da República, em nome do Estado brasileiro);
2) aprovação legislativa (publicação do decreto legislativo pelo Congresso Nacional);
3) promulgação (o Presidente da República, mediante a publicação de um decreto, promulga o tratado aprovado pelo Legislativo, que passa, então, a ter vigência no Brasil).

A força hierárquica de um tratado internacional no Brasil é idêntica à das demais normas primárias (o STF possui mais de um julgado em que afirma que o tratado internacional, ao incorporar-se ao ordenamento interno, o faz com *status* de lei ordinária federal). Unicamente no caso dos tratados internacionais sobre direitos humanos é que o Congresso Nacional poderá entender por bem submeter sua aprovação ao procedimento especial previsto no § 3.° do art. 5.° da Constituição - votação em dois turnos e exigência de três quintos dos votos, em cada Casa do Congresso Nacional -, a fim de que eles se incorporem ao nosso ordenamento com o *status* de emenda constitucional.

Vale repetir, exceto nessa hipótese do § 3.° do art. 5.° da Constituição, que será detalhada ao final deste tópico, temos que, no Brasil, um tratado internacional incorpora-se ao nosso ordenamento com o *status* de lei ordinária, o que significa que ele:

1) poderá ulteriormente ter sua aplicação afastada pela edição de uma lei ordinária (ou até mesmo por medida provisória, se não for matéria vedada a essa espécie normativa);
2) não pode disciplinar matéria reservada constitucionalmente à lei complementar;
3) poderá ser objeto de controle de constitucionalidade perante o nosso Poder Judiciário, seja no âmbito do controle abstrato ou, se houver afronta a direito concreto, mediante controle incidental.

A respeito da incorporação e do *status* dos tratados internacionais no Brasil, é elucidativa a ementa da ADIMC 1480/DF, rei. Min. Celso de Mello, 04/09/1997, da qual transcrevemos o excerto seguinte (observe-se que ele se aplica aos tratados internacionais comuns, e não aos que sejam aprovados na forma do § 3.° do art. 5.° da Constituição):

> E na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve

buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais >io sistema de direito positivo interno brasileiro.

O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto.

O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.

No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.

O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno.

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.

No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A

> eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico *(lex posterior derogat priorí)* ou, quando cabível, do critério da especialidade.
>
> O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda,* inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público.
>
> Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em conseqüência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. E que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno.

Por fim, conforme já se mencionou em outros pontos, a EC n.° 45/2004 incluiu o § 3.° ao art. 5.° da Constituição, com uma regra específica sobre tratados internacionais que versem sobre **direitos humanos.** Reza o acrescentado dispositivo:

> § 3." Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O texto do dispositivo transcrito é claro em alguns pontos, a saber:

1) a norma não se aplica a qualquer tratado ou convenção internacional, mas apenas aos que versem sobre **direitos humanos;**

2) o processo legislativo, no que respeita à aprovação do tratado, está bem explicitado e é idêntico ao exigido para a aprovação de emendas à Constituição, previsto no art. 60, § 2.°, da Constituição;

3) o tratado sobre direitos humanos que for aprovado em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, terá a mesma hierarquia de emenda constitucional; com isso, ficarão revogadas quaisquer disposições internas a ele contrárias, mesmo que se trate de preceito constante da Constituição da República (a nosso ver, não é

> imaginável que um tratado internacional vá restringir ou negar direitos humanos já expressos em nossa Carta Política; por hipótese, se isso ocorresse, a ele não poderia, evidentemente, ser aplicada essa regra do § 3.° do art. 5.°, porque esbarraria na cláusula pétrea do art. 60, § 4.°, inciso IV).

Em nossa opinião, esse § 3.° do art. 5.°, acrescentado pela EC n.° 45/2004, está em perfeita consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e não deverá sofrer qualquer tipo de ataque quanto a sua constitucionalidade. Ele prestigia o Congresso Nacional e nossa soberania, porquanto se harmoniza com o procedimento exigido para a aprovação de emendas à Constituição. Reforça, ademais, a posição segundo a qual os tratados internacionais comuns, aprovados por decreto legislativo ordinário, em que se exige maioria simples em cada Casa do Congresso Nacional, incorporam-se ao nosso ordenamento com *status* de lei ordinária, independentemente da matéria de que cuidem, posição esta, como visto, perfilhada pelo STF.[23]

10. CONTROLE JUDICIAL DO PROCESSO LEGISLATIVO

O processo de formação das leis ou de elaboração de emendas à Constituição revela-se suscetível de controle incidental pelo Poder Judiciário, sempre que houver possibilidade de lesão à ordem jurídico-constitucional.

O controle judicial do processo legislativo somente é possível na via incidental, exercido por meio da impetração de mandado de segurança. Não se admite esse controle mediante ação direta de inconstitucionalidade, visto que o ajuizamento desta ação pressupõe uma norma pronta e acabada, já publicada, inserida no ordenamento jurídico.

Não é qualquer pessoa que poderá dar início ao controle judicial do processo legislativo. A legitimação é restrita: somente os congressistas da Casa Legislativa em que estiver tramitando a proposta poderão impetrar o mandado de segurança, visto que o direito líquido e certo a ser defendido no mandado de segurança será o direito dele, congressista, não participar de uma deliberação que afronte flagrantemente a Constituição.

Em se tratando de processo legislativo federal, o controle será exercido originariamente perante o STF, pois cabe a esta Corte apreciar, originariamente, os atos emanados dos órgãos das Casas do Congresso Nacional.

Cabe ressaltar, porém, que, atualmente, o tema incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento pátrio encontra-se em discussão no Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE 466.343/SP). Nesse recurso extraordinário, ao que tudo indica, o Tribunal firmará o entendimento de que os tratados internacionais sobre **direitos humanos** subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que tornará inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

Considerando a relevância desse tema, transcrevemos, a seguir, trechos de importante julgado do STF, em que todos os pontos acima enumerados são objeto de manifestação por parte da nossa Corte Suprema:

> É possível a fiscalização jurisdicional do processo de criação dos atos normativos, desde que, instaurada para viabilizar, *incidenter tantum*, o exame da compatibilidade das proposições com o texto da Constituição da República, venha a ser instaurada por iniciativa de membros do órgão parlamentar perante o qual se acham em curso os projetos de lei ou as propostas de emenda à Constituição.
>
> Nesses casos, entende o STF que a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.
>
> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece ao membro do Congresso Nacional - e apenas a ele - qualidade para fazer instaurar o controle jurisdicional pertinente ao processo de elaboração das espécies normativas.
>
> A possibilidade extraordinária dessa intervenção jurisdicional, ainda que no próprio momento de produção das normas pelo Congresso Nacional, tem por finalidade assegurar, ao parlamentar (e a este, apenas), o direito público subjetivo - que lhe é inerente de ver elaborados, pelo Legislativo, atos estatais compatíveis com o texto constitucional, garantindo-se, desse modo, àqueles que participam do processo legislativo, a certeza de observância da efetiva supremacia da Constituição, respeitados, necessariamente, no que se refere à extensão do controle judicial, os aspectos discricionários concernentes às questões políticas e aos atos *interna corporis.*
>
> Poderão os membros do Congresso Nacional impetrar mandado de segurança com o objetivo de preservar a integridade jurídica do processo de elaboração de emenda à Constituição da República e de fazer prevalecer o seu direito subjetivo à correta observância, pelo Poder Legislativo da União, das diretrizes, que, em nosso sistema institucional, condicionam, formal e materialmente, a validade do processo de positivação do Direito.
>
> Os membros do Congresso Nacional - e não terceiros - dispõem de legitimidade ativa *ad causam* para provocar a instauração do controle jurisdicional sobre o processo de formação das leis e das emendas à Constituição, assistindo-lhes, sob tal perspectiva, irrecusável direito subjetivo de impedir que a elaboração dos

atos normativos, pelo Poder Legislativo, incida em desvios inconstitucionais.

Somente os membros do Congresso Nacional podem instaurar esse excepcional controle judicial do processo de elaboração normativa. Terceiros, ainda que invocando a sua potencial condição de destinatários da futura lei ou emenda à Constituição, não dispõem do direito público subjetivo de supervisionar a elaboração dos atos legislativos, sob pena de indevida transformação, em controle preventivo de constitucionalidade em abstrato - inexistente no sistema constitucional brasileiro -, do processo de mandado de segurança, que, instaurado por mero particular, converter-se-ia em um inadmissível sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade.

Titulares do poder de agir em sede jurisdicional, portanto, tratando-se de controvérsia constitucional instaurada ainda no momento formativo do projeto de lei ou da proposta de emenda à Constituição, hão de ser os próprios membros do Congresso Nacional, a quem se reconhece, como líquido e certo, o direito público subjetivo à correta observância da disciplina jurídica imposta pela Carta Política, em sede de elaboração das espécies normativas. O parlamentar, fundado na sua condição de co-partícipe do procedimento de formação das normas estatais, dispõe, por tal razão, da prerrogativa irrecusável de impugnar, em juízo, o eventual descumprimento, pela Casa Legislativa, das cláusulas constitucionais que lhe condicionam, no domínio material ou no plano formal, a atividade de positivação dos atos normativos. Não constitui demasia insistir na asserção de que é ao congressista - e não a terceiros - que compete o direito subjetivo de questionar, em juízo, quando for o caso, a elaboração, pelo Congresso Nacional, de espécies normativas supostamente vulneradoras do texto constitucional.

Terceiros, portanto - ainda que invocando a sua potencial condição de destinatários da futura lei ou emenda à Constituição - não podem investir-se na posição de parte ativamente legitimada ao controle jurisdicional prévio do processo de criação do direito positivo.

É oportuno destacar, também, que a aprovação da proposta em discussão - projeto de lei ou proposta de emenda à Constituição - retira do congressista a legitimidade para continuar no feito, e o STF extinguira, sem análise do mérito, o processo de mandado de segurança.

Com efeito, entende o STF que a conversão de proposta de emenda ou de projeto de lei em emenda à Constituição ou em lei configura hipótese caracterizadora de perda superveniente da legitimidade ativa do congressista

para impetrar o mandado de segurança, notadamente quando deduzido este com o objetivo de questionar suposta ilicitude revelada no curso do processo formativo de determinada espécie normativa.

Assim, embora o STF reconheça ao membro do Congresso Nacional qualidade para invocar o controle jurisdicional pertinente ao processo de elaboração das espécies normativas, nega-lhe a Corte legitimidade ativa para prosseguir no processo mandamental, quando, em decorrência de fato superveniente, a proposição normativa vem a transformar-se em lei ou vem a converter-se em emenda à Constituição.

Por fim, lembramos que, embora o STF reconheça a possibilidade de controle judicial do processo de elaboração das espécies legislativas, na hipótese de desrespeito às regras estabelecidas na Constituição da República, a Corte tem deixado assente que o controle judicial **não** alcança a interpretação de norma meramente regimental, que não possua qualquer projeção específica no plano do direito constitucional positivo (atos *interna corporis).*

É que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os atos emanados dos órgãos de direção das Casas do Congresso Nacional, quando praticados nos estritos limites da sua competência e desde que apoiados em fundamentos exclusivamente regimentais, sem qualquer conotação de índole jurídico-constitucional, não se submetem ao controle do Poder Judiciário, em respeito ao postulado da separação de Poderes.[24]

[24] MS 23.920/DF, Rei. Min. Celso de Mello.

Capítulo 9

MODIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é do tipo rígida, pois exige para a modificação de seu texto processo legislativo especial e mais dificultoso do que aquele empregado na elaboração das leis. Enquanto uma lei ordinária pode ser aprovada por deliberação de maioria simples dos membros das Casas Legislativas, em um só turno de votação (CF, art. 47), uma emenda à Constituição exige aprovação de, pelo menos, três quintos dos membros das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos de votação (CF, art. 60, § 2.°).

A rigidez, contudo, não visa a impedir mudanças no texto da Constituição, mas, tão-só, a assegurar uma maior estabilidade à obra do poder constituinte originário e a conferir às normas nela vazadas supremacia sobre as demais normas jurídicas.

Com efeito, a Constituição resulta da interação das manifestações sociais e aspirações políticas de um povo, existentes no momento de sua elaboração; por esse motivo, deve ter a possibilidade de ser modificada, mediante procedimentos por ela mesma estabelecidos, para a atualização de seu texto, no intuito de manter a sintonia entre os princípios e regras constitucionais e as relações sociais, envolvendo cidadãos e instituições do Estado.

Por isso, a rigidez nunca deverá ser tal que impossibilite a adaptação do texto constitucional a novas exigências políticas e sociais: a sua exata medida pode vir a ser uma garantia da Constituição, evitando que se adote o caminho do rompimento com a ordem institucional (Jorge Miranda).

De outra parte, a rigidez dá origem, como decorrência automática, ao denominado princípio da "supremacia da Constituição". Deveras, a rigidez faz com que a Constituição passe a ocupar o mais alto degrau do ordenamento jurídico, funcionando como parâmetro de validade para a produção de todas as demais normas. Promulgada a Constituição, toda a produção legislativa a partir de então - leis, decretos e quaisquer outras manifestações normativas - só será legítima se obedecer fielmente às regras, princípios e limites impostos pelo legislador constituinte. Qualquer desvio dos princípios - explícitos ou implícitos - da Constituição implicará a nulidade da norma produzida, por ausência de fundamento de validade, por incorrer no vício insanável da inconstitucionalidade.

E não é outra a situação na aprovação de uma modificação à Constituição, uma vez que o poder constituinte derivado também é um poder constituído e, como tal, sujeito às limitações e condicionamentos impostos pelo legislador constituinte originário. Com efeito, no processo de modificação da Constituição, qualquer afronta - de índole formal ou material - por parte do poder constituinte derivado aos procedimentos, regras e princípios estabelecidos pelo legislador constituinte originário para sua atuação implicará a inconstitucionalidade da mudança perpetrada.

Avaliaremos, a seguir, o procedimento estabelecido pelo legislador constituinte originário para a modificação da Carta da República de 1988, bem como as orientações doutrinárias e jurisprudenciais que têm demarcado a atuação do poder de reforma desde a promulgação do vigente texto constitucional.

2. MUTAÇÃO, REVISÃO E REFORMA

A doutrina distingue os conceitos de mutação constitucional, revisão constitucional e reforma constitucional.

A **mutação constitucional** é um processo **não formal** de mudança da Constituição, ao passo que a revisão e a reforma constitucionais correspondem a diferentes procedimentos **formais,** solenes, previstos no próprio texto constitucional, para a sua modificação.

As denominadas **mutações** (ou transições) **constitucionais** descrevem o fenômeno que se verifica em todas as Constituições escritas, mormente nas rígidas, em decorrência do qual ocorrem contínuas, silenciosas e difusas modificações no sentido e no alcance conferidos às normas constitucionais, sem que haja modificação na letra de seu texto. Consubstanciam a chamada revisão **não formal** da Constituição. Em uma frase: ocorre uma mutação constitucional quando "muda o sentido da norma sem mudar o seu texto".

Anota Canotilho que o reconhecimento dessas "mutações constitucionais silenciosas", desde que o sentido a que se chegue não contrarie os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da Constituição, é um ato legítimo de interpretação constitucional.

As mutações constitucionais resultam do evoluir dos costumes, dos valores da sociedade, das pressões exercidas pelas novas exigências econômico-sociais, que terminam por ensejar a atualização do modo de se enxergar e interpretar uma regra constitucional, sob pena de a Constituição permanecer em pleno descompasso com os valores sociais prevalentes no seio da nação.

Sendo um processo informal, paulatino e difuso de modificação, virtualmente todos os atores da comunidade política, sejam os agentes do Estado-poder, sejam os do Estado-comunidade, desempenham um papel mais ou menos relevante nessa obra de alteração silenciosa da Constituição. Por óbvio, merecem maior destaque na efetivação dessas lentas transformações os diversos órgãos encarregados de interpretar e concretizar a Constituição (Poder Judiciário, Legislativo, Executivo), os quais, entretanto, forçosamente atuam sob influência das pressões oriundas dos grupos organizados da sociedade, das opiniões e construções dos estudiosos da ciência jurídica, das novas aspirações e anseios decorrentes da constante evolução cultural, econômica, política etc.

Conforme salienta Uadi Lammêgo Bulos, nas Constituições rígidas, quanto mais laboriosas ou dificultosas as exigências requeridas para a reforma constitucional, mais aparecerão e atuarão os meios difusos de modificação, para adaptar a Constituição às exigências prementes da sociedade.

Além da rigidez constitucional, outro fator que favorece sobremaneira a mutação constitucional informal é o caráter altamente abstrato e a textura aberta de grande parte das normas constitucionais. Essa característica das normas constitucionais deixa um razoável espaço de atuação aos agentes densificadores e concretizadores da Constituição, que têm a possibilidade de, sem deturpar ou afrontar a letra do Texto Maior, conferir-lhe sentido não previsto na ocasião da sua elaboração, porém condizente com as modificações da realidade que desde então se verificaram.

Entre nós, haverá mutação constitucional, por exemplo, na hipótese de o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, conferir nova interpretação a um determinado dispositivo constitucional (diversa de uma interpretação que ele anteriormente perfilhasse), implicando alteração substancial na compreensão de seu conteúdo e alcance.

Em síntese, podemos afirmar que as mutações constitucionais consubstanciam o caráter dinâmico, mutável da Constituição. São mudanças "silenciosas", informais do conteúdo e sentido das normas constitucionais. Silenciosas porque as mudanças não atingem a literalidade do texto da Constituição, mas

apenas o seu significado. Resultam da interpretação constitucional, sobretudo daquela efetivada pelas cortes do Poder Judiciário, bem assim da evolução dos usos e costumes.

A **reforma constitucional** e a **revisão constitucional** são **processos formais** de mudança das Constituições rígidas, por meio da atuação do poder constituinte derivado, com a aprovação de emendas constitucionais, segundo os procedimentos estabelecidos na própria Constituição pelo legislador constituinte originário.

Correspondem, portanto, a diferentes meios de modificação formal da Constituição, pela obra do poder constituinte derivado. Esses dois procedimentos de modificação formal do texto constitucional estão previstos na Constituição de 1988: o de revisão (ADCT, art. 3.°) e o de reforma (CF, art. 60).

Examinaremos, a seguir, as dessemelhanças entre esses dois procedimentos de modificação formal do texto constitucional, conforme delineados na vigente Carta Política.

2.1. Revisão constitucional

O procedimento de revisão constitucional foi previsto no art. 3.° do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), nos termos seguintes:

> Art. 3." A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

O estabelecimento desse processo simplificado de reforma teve razões históricas, relativas ao desenvolvimento dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte de 1988. Considerando a existência de relevantes debates a respeito de certos temas constitucionais (acerca da forma e regime de governo, por exemplo, cuja decisão terminou por ser legada ao povo brasileiro, por meio de plebiscito) e o exíguo tempo previsto para a conclusão dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, houveram por bem os constituintes estabelecer um procedimento simplificado, menos rígido, para o eventual aperfeiçoamento de sua obra, cinco anos após sua promulgação.

Esse procedimento encerrou-se em junho de 1994, após a realização de uma tímida e discreta revisão do texto constitucional, que teve como resultado a aprovação de apenas seis emendas de revisão ao texto original da Carta de 1988, a maioria sobre temas de menor relevância ou pouco polêmicos. As emendas empreendidas segundo esse procedimento são denominadas emendas constitucionais de revisão - ECR e receberam numeração distinta das

outras emendas, aprovadas com fulcro no procedimento rígido de reforma, estabelecido no art. 60 da Carla Política.

São características do procedimento de **revisão** constitucional:

a) procedimento simplificado;

O procedimento de revisão era mais simples do que aquele exigido para a aprovação de emenda à Constituição, estabelecido no art. 60 da Constituição Federal. Para a aprovação de uma emenda constitucional segundo o procedimento de reforma exige-se discussão e votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, com aprovação, em ambos, por três quintos dos membros da Casa (CF, art. 60, § 2.°), ao passo que no procedimento de revisão exigia-se, apenas, maioria absoluta, em sessão unicameral (discussão e deliberação em conjunto, envolvendo os congressistas das duas Casas Legislativas).

As emendas constitucionais de revisão - ECR, aprovadas durante o processo de revisão constitucional (ADCT, art. 3.°), foram promulgadas pela Mesa do Congresso Nacional, porquanto eram aprovadas em sessão unicameral do Congresso Nacional (e não pelas duas Casas Legislativas, separadamente).

b) tempo certo para sua realização;

O legislador constituinte originário pré-fixou a data para a realização da revisão constitucional, estabelecendo que esta deveria ocorrer após cinco anos, contados da promulgação da Constituição (ADCT, art. 3.°). Em consonância com esse comando, o processo desencadeou-se após outubro de 1993, tendo a primeira emenda de revisão sido promulgada em março de 1994 (ECR n.° 1) e a última em junho de 1994 (ECR n.° 6).

c) processo único;

O legislador constituinte originário autorizou a realização de apenas um procedimento simplificado de revisão, cinco anos após a promulgação da Constituição. Sendo a norma do art. 3.° do ADCT de natureza transitória, com a sua aplicação, cinco anos após a promulgação da Carta, esgotou-se, exauriu-se em definitivo. Não há mais, com base no art. 3.° do ADCT, a possibilidade de modificação do texto constitucional mediante o processo simplificado ali estabelecido.

Questão objeto de relevante controvérsia diz respeito à possibilidade de o poder constituinte de reforma prever a realização de um novo procedimento simplificado de revisão, por meio da aprovação de uma emenda à Constituição nesse sentido (obedecendo-se, por óbvio, para a aprovação de tal emenda, ao procedimento rígido de reforma, estabelecido no art. 60 da Carta Política).

Seria legítimo, atualmente, o Congresso Nacional, por meio de uma emenda à Constituição, instituir um novo procedimento simplificado de revisão da Constituição, a ser realizado em data determinada, segundo procedimento legislativo menos rígido do que aquele previsto no art. 60 da Carta?

A resposta é negativa. Uma vez concretizada a revisão constitucional nos termos do art. 3.° do ADCT, não é legítimo ao poder constituinte derivado criar, por meio de emenda, nova hipótese de procedimento simplificado de revisão, distinto daquele estabelecido no art. 60, para a modificação da nossa Carta Política.

Admitir essa possibilidade significaria outorgar competência para o poder de reforma subverter, por completo, a obra do legislador constituinte originário. Se esse caminho fosse possível, o legislador constituinte derivado poderia, ao seu arbítrio, frustrar inteiramente a rigidez da nossa Constituição, afastando a aplicação dos limites e procedimentos solenes estabelecidos pelo legislador constituinte originário.

Para ilustrar esse ponto, tome-se a seguinte situação hipotética: suponha-se que o Congresso Nacional aprovasse atualmente uma emenda constitucional estabelecendo um novo procedimento simplificado para modificação da Constituição, no qual a aprovação das emendas pudesse ocorrer mediante voto de maioria simples dos membros das Casas Legislativas, em turno único de votação (afastando-se a regra vigente, que é de aprovação por três quintos, em dois turnos de votação, em cada uma das Casas Legislativas).

Ora, não é necessário especial esforço de raciocínio para perceber, de pronto, que tal emenda redundaria em grosseira fraude ao art. 60 da Constituição Federal, em patente prejuízo à estabilidade da nossa Constituição. Em verdade, ao passar a permitir futuras mudanças do texto constitucional por este procedimento simplificado (maioria simples, em turno único de votação), estaria o poder de reforma transformando a nossa Constituição de rígida em flexível, uma vez que ela passaria a poder ser alterada mediante o mesmo procedimento legislativo de aprovação das leis no nosso País.

Portanto, desde o esgotamento da possibilidade de revisão conforme prevista no art. 3.° do ADCT, qualquer mudança formal na nossa Constituição só poderá ser efetivada nos termos do art. 60, mediante o procedimento rígido de reforma nele plasmado. O estabelecimento de qualquer outro procedimento simplificado de modificação da Constituição seria ilegítimo, ainda que instituído por meio de emenda à Constituição (como adiante se verá, o art. 60 da CF/88 é, por essa razão, considerado uma **cláusula pétrea implícita).**

d) processo sujeito a limites;

O processo de revisão constitucional é manifestação do poder constituinte derivado ou reformador e, como tal, está sujeito aos limites im-

postos pelo legislador constituinte originário para a modificação da Carta da República.

Assim, do mesmo modo que o procedimento de reforma à Constituição (CF, art. 60), o processo de revisão constitucional (ADCT, art. 3.º) deve obediência às limitações impostas pelo constituinte originário ao poder de reforma, especialmente às chamadas limitações circunstanciais (art. 60, § 1.º) e materiais (art. 60, § 4.°).

e) inaplicabilidade aos estados-membros.

Como acima se explicou, a previsão de realização da revisão constitucional teve razões específicas, circunstanciais, estritamente vinculadas ao histórico dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte de 1988, especialmente no que respeita à exigüidade do tempo previsto para a conclusão da obra.

Desse modo, o procedimento de reforma estabelecido no corpo permanente da Constituição Federal, no seu art. 60, deve ser obrigatoriamente previsto, pelas Constituições de cada estado-membro, como **único** mecanismo legítimo de modificação formal da respectiva Constituição.

Enfim, o caráter de excepcionalidade da revisão constitucional instituída pelo art. 3.° do ADCT da CF/88, decorrente de elementos conjunturais específicos, torna injustificável, e portanto ilegítima, a previsão, nas Constituições dos estados-membros, de realização de revisões constitucionais para modificação de seus textos, mediante procedimentos menos rígidos do que os estabelecidos no art. 60 da CF/88.

Para sermos exatos, o STF entende que o procedimento de modificação dos textos das Constituições dos estados-membros não pode ser nem menos rígido, nem mais rígido do que o exigido para a alteração da Constituição da República. O Pretório Excelso já teve oportunidade de declarar inconstitucionais dispositivos de Constituições de estados-membros que exigiam aprovação de emendas por quatro quintos (4/5) dos membros da assembléia legislativa, afirmando que, além de implicar restrição excessiva à atuação do poder de reforma, o excesso de rigidez, em vez de aumentar a garantia de estabilidade de uma Constituição, aumenta o risco de rompimentos contrários à ordem jurídica, porquanto eliminam a necessária possibilidade de adaptação do texto constitucional à cambiante realidade social.

2.2. Reforma à Constituição

A reforma constitucional (procedimento também denominado, simplesmente, "emenda constitucional", por alguns autores) é resultado de um processo legislativo especial e mais laborioso do que o ordinário, previsto para a produção das demais leis. Tal procedimento especial encontra-se regulado

no art. 60 da Constituição Federal e, conforme dito antes, a sua adoção possui duplo escopo.

Por um lado, a dificuldade imposta para a aprovação de reformas à Constituição visa a assegurar a estabilidade do texto aprovado pelo legislador constituinte originário, garantindo a supremacia da Constituição em relação às demais espécies normativas do nosso ordenamento.

De outra parte, objetiva dotar o ordenamento jurídico de um instrumento legítimo para a atualização da Constituição, a fim de adaptá-la às novas necessidades e progressos da sociedade.

Ao contrário do procedimento simplificado de **revisão** (ADCT, art. 3.°), o procedimento de **reforma** constitucional é permanente, isto é, enquanto estiver em vigor a Constituição Federal de 1988 poderá ela ser modificada mediante a aprovação de emenda constitucional segundo o procedimento rígido do art. 60, desde que, obviamente, sejam observadas as limitações estabelecidas pelo legislador constituinte originário, adiante examinadas.

Não é demais lembrar que, com o exaurimento da **revisão** constitucional, concluída em 1994, o procedimento de reforma à Constituição, disciplinado no art. 60 da Carta da República, é o **único** meio legítimo de modificação formal do vigente texto constitucional, padecendo de insanável inconstitucionalidade a tentativa de se introduzir qualquer outro em nosso ordenamento.

O processo legislativo de aprovação de uma reforma à Constituição, bem mais rígido do que aquele previsto para a aprovação das emendas promulgadas no âmbito da revisão constitucional (ADCT, art. 3.°), está estabelecido no art. 60 da Constituição Federal e compreende, em síntese, as seguintes fases:

a) apresentação de uma proposta de emenda, por iniciativa de um dos legitimados (art. 60, I a III);

b) discussão e votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada quando obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos membros de cada uma delas (art. 60, § 2.°);

c) sendo aprovada, será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem (art. 60, § 3.°);

d) caso a proposta seja rejeitada ou havida por prejudicada, será arquivada, não podendo a matéria dela constante ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (art. 60, § 5.°).

Modificação da Constituição Federal de 1988	
Revisão (ADCT, art. 3.°)	Reforma (CF, art. 60)
Procedimento único	Procedimento permanente
Procedimento simplificado	Procedimento laborioso, rigido
Não pode ser criada nova revisão por EC	Procedimento e limitações não pode ser modificados por EC
Não extensível aos estados	Vinculante para os estados
ECR promulgadas pela Mesa do Congresso Nacional	EC promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal

3. LIMITAÇÕES AO PODER DE REFORMA

É sabido que o Congresso Nacional, no exercício do poder constituinte reformador, submete-se às limitações impostas pelo legislador constituinte originário, devendo agir em estrita obediência aos seus termos, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade.

Essas limitações ao poder constituinte de reforma são tradicionalmente classificadas em quatro grupos:

a) limitações temporais;

b) limitações circunstanciais;

c) limitações processuais ou formais;

d) limitações materiais.

3.1. Limitações temporais

As limitações **temporais** consistem na vedação de alteração das normas constitucionais por determinado lapso de tempo. A Constituição insere norma proibitiva de modificação de seus dispositivos por um prazo determinado.

Limitações dessa ordem **não** estão presentes na nossa vigente Constituição. No Brasil, apenas na Constituição do Império, de 1824, existiu esse tipo de limitação; seu art. 174 determinava que somente após quatro anos do início de sua vigência a Constituição poderia ser modificada.

Vale registrar, de passagem, que alguns autores entendem que a Constituição de 1988 apresentava uma limitação de natureza temporal, em razão do

disposto no art. 3." do ADCT: "A revisão constitucional será realizada **após cinco anos,** contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral."

Não concordamos com essa posição, uma vez que o conceito de limitação temporal refere-se a um lapso de tempo durante o qual a Constituição **não pode ser modificada.** Nunca existiu, na Carta de 1988, vedação à realização de modificações em seu texto por um lapso temporal determinado. Desde que adotado o procedimento rígido previsto no art. 60, para a edição de emendas constitucionais segundo o procedimento de **reforma constitucional,** o constituinte derivado brasileiro esteve apto, a partir do dia seguinte à promulgação da Carta, a alterar seu conteúdo (contanto, obviamente, que respeitadas as demais limitações ao poder de reforma, sobretudo as materiais - cláusulas pétreas). O que o art. 3.° do ADCT previa era, em uma época determinada ("cinco anos, contados da promulgação da Constituição"), a realização de uma **revisão constitucional,** autorizando a modificação do texto constitucional mediante procedimentos muito mais simples ("voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral") do que os exigidos para a aprovação de reforma à Constituição.

Dessarte, reafirmamos nosso entendimento: na vigente Carta Política **não** tivemos limitações de ordem temporal, porquanto, promulgado o texto constitucional em 5 de outubro de 1988, já poderia ele ser imediatamente alterado mediante a aprovação de emenda à Constituição segundo o procedimento de **reforma constitucional,** desde que fielmente respeitadas as regras e limitações impostas pelo legislador constituinte originário (art. 60). Assim, embora pelo procedimento simplificado de revisão (ADCT, art. 3.°) a Constituição somente pudesse ser alterada após cinco anos de sua promulgação, pelo procedimento de reforma ela já poderia ser imediatamente alterada, desde que observado o rito e as limitações prescritas no art. 60 da Carta da República.

3.2. Limitações circunstanciais

As limitações **circunstanciais** impedem modificações na Constituição quando se verificam, no País, determinadas situações anormais e excepcionais, em que poderia estar ameaçada a livre manifestação do órgão reformador. Busca-se afastar eventual perturbação à liberdade e à independência dos órgãos incumbidos da modificação constitucional.

As limitações circunstanciais reportam-se a estados de crise, tornando ilegítimo nessas ocasiões empreender qualquer modificação constitucional.

O constituinte de 1988 consagrou tais limitações ao proibir que a Constituição seja emendada na vigência de **estado de sítio,** de **intervenção federal** ou de **estado de defesa (art. 60, § 1.º).**

O processo de intervenção - medida excepcionalíssima, somente admissível nas hipóteses taxativamente autorizadas na Constituição Federal, por implicar afastamento temporário da autonomia de ente federado - processa-se, sempre, do ente federativo de maior grau para o ente de grau imediatamente inferior. Assim, nas hipóteses constitucionalmente admitidas, a União poderá intervir nos estados-membros e no Distrito Federal, e os estados-membros poderão intervir nos respectivos municípios de seu território.

Em hipótese nenhuma a União dispõe de competência para intervir em município localizado em estado-membro.

A intervenção que obsta a promulgação de emenda à Constituição Federal é aquela decretada pela União. Eventuais intervenções de estados-membros nos municípios de seu território não terão nenhum efeito inibitório sobre a modificação da Constituição Federal.

De notar, entretanto, que, em tese, é possível que até mesmo uma intervenção em um município venha obstar a promulgação de emenda à Constituição Federal. Isso porque, teoricamente, é possível que haja intervenção **federal** diretamente em município, desde que seja criado um Território Federal e este venha a ser dividido em municípios (CF, art. 35). Nessa hipótese (e só nela), se o município localizado em Território Federal malferir um dos valores prescritos pela Constituição Federal nos incisos de seu art. 35, ficará sujeito à intervenção **federal** e, em conseqüência, durante a execução da medida, a Constituição Federal não poderá ser emendada.

As limitações circunstanciais não se confundem com as chamadas limitações temporais. Aquelas obstam a modificação da Constituição durante a vigência de situações excepcionais, de crise no Estado. Estas, quando existentes, impedem, durante um certo lapso temporal, contado a partir da promulgação da Constituição, a modificação desta, estabelecendo, com isso, um período durante o qual vige a absoluta imodificabilidade do texto constitucional.

3.3. Limitações processuais ou formais

As limitações processuais dizem respeito aos procedimentos especiais estabelecidos pelo legislador constituinte originário para o início e o trâmite do procedimento de reforma da Constituição, distintos do processo de elaboração das leis. Podemos agrupá-las em quatro grupos, a saber:

a) relativas à iniciativa de apresentação de uma proposta de emenda à Constituição (art. 60, I, II e III);

b) relativas à deliberação para aprovação da proposta (art. 60, § 2.°);

c) relativas à promulgação da emenda (art. 60, § 3.°);

d) relativas à vedação de reapreciação de proposta rejeitada ou havida por prejudicada (art. 60, § 5.°).

3.3.1. Limitações processuais ligadas à apresentação da proposta de emenda à Constituição

A legitimação para a iniciativa de apresentação de uma proposta de emenda à Constituição (CF, art. 60, I, II e III) é bem mais restrita do que a estabelecida constitucionalmente para a iniciativa das leis (CF, art. 61).

Com efeito, a Constituição somente poderá ser emendada mediante proposta:

a) de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

b) do Presidente da República;

c) de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se. cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

No que tange à legitimação parlamentar, cabe destacar que um só congressista **não** poderá apresentar uma proposta de emenda à Constituição (diversamente do que ocorre em relação à iniciativa das leis complementares e ordinárias, prevista no art. 61 da Carta vigente); exige-se que a proposta seja assinada, pelo menos, por um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.

Da mesma forma, uma assembléia legislativa isoladamente **não** poderá apresentar proposta de emenda à Constituição Federal. É necessário que a proposta seja assinada por mais da metade das assembléias legislativas do País, sendo que essa assinatura deve ser previamente aprovada, na respectiva assembléia, por maioria simples dos votos dos deputados locais. A Câmara Legislativa do Distrito Federal equipara-se, para esse fim, à assembléia legislativa do estado, podendo ser uma das que assinarão a proposta de emenda.

3.3.1.1. Ausência de participação dos municípios

Ao contrário do que ocorre com os estados-membros e o Distrito Federal, os municípios não dispõem de legitimidade para apresentação de proposta de emenda à Constituição Federal.

Em verdade, os municípios não têm nenhuma participação, direta ou indireta, no procedimento de reforma da Constituição Federal. Esse é um aspecto peculiar ao nosso Estado federado, haja vista que nas federações

tradicionais uma característica sempre presente é o direito de participação de todos os entes federados na formação da vontade nacional (o que, repita-se, não acontece no Brasil, pois os municípios não têm representação no Legislativo federal).

3.3.1.2. Ausência de iniciativa popular

Ao contrário do que foi previsto em relação ao processo legislativo de elaboração das leis (CF, art. 61, § 2.°), não foi contemplada pela vigente Carta da República a possibilidade de iniciativa popular no processo de reforma da Constituição, isto é, os cidadãos não dispõem de legitimidade para apresentar uma proposta de emenda à Constituição.

3.3.1.3. Ausência de iniciativa reservada

Por fim, é de relevo destacar que o legislador constituinte não estabeleceu, no procedimento de emenda à Constituição Federal, a chamada iniciativa reservada ou privativa.

E sabido que no processo legislativo de aprovação das leis, a Constituição prevê, em relação a certas matérias, a chamada iniciativa reservada, significando que, em relação a elas, o início do processo legislativo fica dependente de iniciativa daquela autoridade apontada constitucionalmente. É o que se verifica, *e.g.,* no art. 61, § 1.°, da Carta Política, que reserva ao Presidente da República a iniciativa das leis sobre as matérias ali arroladas; no art. 93 da Constituição, que reserva ao Supremo Tribunal Federal a iniciativa da lei complementar que disporá sobre o Estatuto da Magistratura.

Entretanto, o legislador constituinte não instituiu iniciativa reservada em se tratando de proposta de emenda à Constituição Federal. As hipóteses de reserva de iniciativa previstas na Constituição somente são aplicáveis quando as respectivas matérias são disciplinadas mediante **lei,** isto é, os casos de iniciativa reservada dizem respeito à apresentação de **projeto de lei** (e não de proposta de emenda à Constituição).

Significa dizer que, em se tratando de emenda à Constituição, a iniciativa é sempre concorrente, ou seja, os legitimados concorrem entre si quanto à apresentação da proposta de emenda à Constituição. Qualquer um dos legitimados (um terço dos membros de uma das Casas Legislativas, Presidente da República ou mais da metade das assembléias legislativas) poderá apresentar proposta sobre quaisquer matérias (desde que não estejam, por óbvio, gravadas como cláusulas pétreas, como insuscetíveis de abolição), até mesmo sobre aquelas que, em projeto de lei, encontrem-se no âmbito da iniciativa privativa ou reservada.

Exemplificando: a iniciativa de **lei** que disponha sobre aposentadoria dos servidores públicos é privativa do Chefe do Executivo (CF, art. 61, § 1.°, II, "c"). Logo, para que essa matéria seja legitimamente tratada por meio de **lei** é imprescindível que o processo legislativo de elaboração da lei seja desencadeado pelo Presidente da República. Se a iniciativa for de qualquer um dos outros legitimados no processo legislativo das leis complementares e ordinárias (CF, art. 61), a lei resultante será inválida, porquanto padecerá de insanável inconstitucionalidade formal (decorrente do vício de iniciativa). Entretanto, caso essa mesma matéria venha a ser tratada por meio de **emenda à Constituição,** não há óbice constitucional a que qualquer dos legitimados a iniciar o processo legislativo de reforma da Constituição apresente a proposta da emenda.

3.3.2. Limitações processuais ligadas à deliberação sobre a proposta de emenda à Constituição

Uma das mais importantes limitações processuais impostas pelo legislador constituinte ao poder de reforma diz respeito à rigidez do procedimento legislativo de aprovação de uma emenda à Constituição, estabelecida nos termos seguintes (CF, art. 60, § 2.°):

> § *2°* A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

O legislador constituinte optou pela imposição de duas restrições ao processo de deliberação de emenda, a fim de dificultar a sua aprovação: o *quorum* (de aprovação) qualificado de três quintos dos membros da respectiva casa e a necessidade de votação em dois turnos distintos, em cada uma das Casas Legislativas.

Regimentalmente, as Casas Legislativas estabelecem um interstício mínimo entre a deliberação do primeiro e do segundo turno. Na Câmara dos Deputados, esse interstício mínimo é de cinco sessões ordinárias (art. 202, § 6.°, do Regimento Interno) e no Senado Federal é de cinco dias úteis (art. 362 do Regimento Interno).

3.3.2.1. Ausência de "Casa revisora"

No processo de emenda à Constituição Federal, não há que se falar, propriamente, em Casa revisora do projeto aprovado na Casa iniciadora,

uma vez que a segunda Casa Legislativa não estará apenas *revisando* o texto aprovado pela Casa em que foi apresentada a emenda, como acontece no processo legislativo de elaboração das leis (CF, art. 65).

Com efeito, no processo legislativo das leis ordinárias e complementares, há preeminência da Casa iniciadora. Nele, a Casa revisora, embora tenha a possibilidade de rejeitar e arquivar o projeto aprovado na Casa iniciadora, não tem liberdade para determinar o texto final da lei. Isso porque, se a Casa revisora simplesmente aprovar o texto recebido da iniciadora, terá sido desta a redação; se a Casa revisora emendar o texto, será sempre obrigatório seu retorno à iniciadora, que apreciará as emendas, podendo rejeitar todas e mandar para sanção o texto original, conforme havia sido por ela inicialmente aprovado.

No processo legislativo de emendas à Constituição, diferentemente, a segunda Casa recebe o texto aprovado na Casa anterior e o aprecia como novo, com ampla liberdade de alteração. Se efetuar alterações substanciais, o texto retornará para a primeira Casa, mas não para a simples apreciação de emendas; esta apreciará todo o novo texto recebido da segunda Casa. Se a primeira Casa modificar novamente o texto, ele mais uma vez terá que ser remetido à segunda Casa, e assim por diante, até que a matéria tenha recebido votos favoráveis de, pelo menos, 3/5 dos membros de ambas as Casas, em dois turnos de votação.

Examinemos uma situação hipotética.

Suponha-se que o Presidente da República tenha apresentado à Câmara dos Deputados um **projeto de lei** visando à fixação do valor do salário mínimo em R$ 300,00. Aprovado esse valor pela Câmara dos Deputados, o projeto foi encaminhado ao Senado Federal, que houve por bem emendá-lo, majorando o valor para RS 380,00. Uma vez emendado, o projeto de lei deve retornar à Câmara, para apreciação da emenda. Nesse caso, a Câmara dos Deputados poderá aprovar a emenda do Senado Federal (situação em que o projeto de lei será encaminhado ao Presidente da República, para sanção ou veto, consignando o valor de R$ 380,00) ou rejeitar a modificação introduzida pelo Senado Federal, situação em que seguirá para a sanção presidencial o projeto contendo o valor por ela anteriormente aprovado (R$ 300,00). Observe-se que, em se tratando de **projeto de lei,** em caso de dissenso no tocante à matéria objeto de emenda parlamentar, prevalecerá a vontade da Casa iniciadora.

Agora, suponha-se que esse mesmo valor para o salário mínimo (R$ 300,00) tenha sido apresentado pelo Presidente da República à Câmara dos Deputados em uma **proposta de emenda à Constituição.** Aprovado pela Câmara dos Deputados, em dois turnos de votação, por deliberação de 3/5 de seus membros, o valor proposto pelo Presidente da República

(R$ 300,00), a proposta é encaminhada ao Senado Federal, que, em dois turnos de votação, e por deliberação de 3/5 de seus membros, majora o valor para R$ 380,00. Nessa situação, como houve alteração substancial do texto aprovado pela Câmara dos Deputados, a proposta retornará à Câmara dos Deputados. Mas, agora, por se tratar de proposta de emenda à Constituição, a Câmara dos Deputados não poderá simplesmente rejeitar o valor aprovado pelo Senado Federal (R$ 380,00) e fazer prevalecer a sua vontade (R$ 300,00). Na verdade, a emenda à Constituição só poderá ser promulgada quando o mesmo valor do salário mínimo for aprovado pelas duas Casas Legislativas, em dois turnos, com deliberação de, pelo menos, 3/5 dos seus membros.

Assim, se a Câmara dos Deputados não concordasse com o valor de R$ 380,00, poderia propor outro, por exemplo, R$ 350,00, desde que obtivesse, para essa proposta, aprovação, em dois turnos de votação, pelo voto de 3/5 de seus membros. De todo modo, essa nova modificação à proposta, estabelecendo o valor de R$ 350,00, somente se transformaria em emenda à Constituição se o Senado Federal também a aprovasse, em dois turnos de votação, pelo voto de 3/5 de seus membros.

3.3.2.2. Alteração substancial

Dispõe a Constituição Federal que a proposta de emenda deverá ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros (art. 60, § 2.°).

Em consonância com o texto expresso da Constituição, portanto, a proposta, para ser aprovada, deve, necessariamente, ter o seu texto aprovado pelas duas Casas Legislativas, nos dois turnos de votação, com a deliberação qualificada de, no mínimo, três quintos dos votos dos respectivos membros. Se a matéria for aprovada nos dois turnos na primeira Casa, mas não o for nos dois turnos na segunda Casa, a proposta não estará aprovada.

Entretanto, têm ocorrido casos em que, durante a deliberação na segunda Casa Legislativa, são suprimidos ou modificados certos dispositivos do texto aprovado na Casa que iniciou a votação e, mesmo assim, a emenda é promulgada pelas Mesas da Câmara e do Senado Federal, sem o retorno da matéria para apreciação da Casa em que teve início a tramitação da proposta.

Essa prática, verificada na aprovação de algumas importantes emendas, recebeu o aval do Supremo Tribunal Federal, que tem entendido que somente é obrigatório o retorno quando a modificação na segunda Casa Legislativa implicar **alteração substancial** no texto da proposta de emenda à Constituição

aprovado na primeira. Se a modificação do texto por uma das Casas Legislativas não importar em mudança substancial do seu sentido, a proposta de emenda constitucional não precisa retornar à Casa iniciadora.'

Conforme asseverou o Ministro Nelson Jobim, "o retorno do projeto emendado à Casa iniciadora não decorre do fato de ter sido simplesmente emendado. Só retornará se, e somente se, a emenda tenha produzido modificação de sentido na proposição jurídica. Ou seja, se a emenda produzir proposição jurídica diversa da proposição emendada".[2]

3.3.2.3. Promulgação fracionada

Embora a Constituição seja silente a respeito, desenvolveu-se no seio do Poder Legislativo a seguinte prática: ocorrendo, na votação pela segunda Casa Legislativa, aprovação, sem modificação substancial, de apenas uma parte da proposta de emenda aprovada na primeira Casa, esta parte aprovada em ambas as Casas é promulgada sem que haja retorno à Casa iniciadora, **desde que a parte suprimida (ou não aprovada ou substancialmente alterada) do texto pela segunda Casa Legislativa seja autônoma em relação à parte aprovada em ambas as Casas.** A emenda à Constituição, nessa hipótese, é promulgada sem que de seu texto conste a parte suprimida, não aprovada ou substancialmente modificada na segunda Casa Legislativa, ou seja, a segunda Casa promulga uma emenda cujo conteúdo corresponde apenas a uma parcela do projeto recebido da Casa iniciadora.

Para o correto entendimento dessa sistemática, tomemos a seguinte situação hipotética: suponha-se que uma proposta de emenda à Constituição tenha sido apresentada pelo Presidente da República à Câmara dos Deputados com um total de oito artigos. A Câmara dos Deputados, nos dois turnos de votação, aprovou a proposta de emenda, na íntegra (os oitos artigos), enviando-a ao Senado Federal. No Senado, a proposta foi aprovada nos dois turnos de votação, após a supressão, porém, de um dos artigos anteriormente aprovados na Câmara dos Deputados.

Nessa situação, considerando que o artigo suprimido seja **autônomo,** que não prejudique o conteúdo, o sentido e a harmonia dos remanescentes, que foram aprovados nas duas Casas, a emenda poderá ser imediatamente promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (com apenas sete artigos), não havendo necessidade de retorno da matéria à Câmara dos Deputados.

[1] ADI 2.666/DF, rei. Min. Ellen Gracie.
[2] ADC 3/DF, rei. Min. Nelson Jobim.

Diversamente, se o artigo não veicular norma autônoma, caso sua supressão desvirtue ou prejudique o conteúdo ou o sentido do remanescente aprovado, será necessário o retorno da matéria à Câmara dos Deputados, para reinicio da votação, em dois turnos, do texto resultante da modificação introduzida pelo Senado Federal (supressão de um artigo da proposta).

Os defensores desse trâmite legislativo argumentam que, em relação ao processo legislativo de emenda à Constituição, ao contrário do que ocorre com o processo legislativo das leis, não há exigência de retorno obrigatório à Casa iniciadora, quando realizadas alterações na segunda Casa Legislativa. No que respeita ao processo de reforma constitucional, o que a Carta Política exige é, tão-somente, que a matéria objeto da emenda a ser promulgada tenha sido aprovada em dois turnos de votação em cada uma das Casas, pelo *quorum* qualificado de três quintos. Logo, se não comprometida a unidade da matéria, poderá ser promulgada a fração da proposta que tenha recebido a aprovação nas duas Casas (no exemplo dado, os sete artigos), nos dois turnos de votação, suprimindo-se aquela parte que não obteve a exigida aprovação (no exemplo dado, o artigo que não obteve aprovação no Senado Federal).

Essa tese tem recebido apoio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que firmou entendimento de que, em princípio, a supressão é possível, desde que recaia sobre norma autônoma, que não comprometa o sentido do texto remanescente, que obteve a aprovação de ambas as Casas.[3]

3.3.3. Limitações processuais ligadas à promulgação da emenda

A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem (CF, art. 60, § 3.°).

As emendas à Constituição não se submetem à promulgação pelo Chefe do Executivo; esta ocorre no âmbito do próprio Poder Legislativo.

As emendas à Constituição resultantes do procedimento do art. 60 da Constituição Federal são promulgadas, conjuntamente, pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

As emendas constitucionais de revisão - ECR, aprovadas durante o processo de revisão constitucional (ADCT, art. 3.°), foram promulgadas pela Mesa do Congresso Nacional, porquanto eram aprovadas em sessão unicameral do Congresso Nacional (e não pelas duas Casas Legislativas, separadamente).

As emendas à Constituição seguem numeração distinta daquela atribuída às leis (EC n.° 1, EC n.° 2, EC n.° 3 etc).

[3] ADI 2.031/DF, rei. Min. Octávio Gallotti.

As emendas constitucionais de revisão - ECR possuem numeração própria, distinta da numeração dada às emendas aprovadas com fulcro no art. 60 da Carta da República.

3.3.3.1. Ausência de sanção ou veto

As propostas de emenda à Constituição não se submetem à sanção ou veto do Chefe do Executivo.

Aprovadas nos termos do procedimento estabelecido no art. 60, § 2.°, da Constituição, são elas diretamente promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados **e** do Senado Federal.

Desse modo, podemos concluir que a única participação do Chefe do Poder Executivo federal no processo de reforma da Constituição ocorre, se for o caso, no momento da iniciativa, uma vez que ele é um dos legitimados para apresentar uma proposta de emenda à Constituição (CF, art. 60, II). A partir daí, todo o procedimento desenvolve-se no âmbito do Legislativo, com a discussão, aprovação e promulgação do texto final da emenda.

3.3.4. Limitações processuais ligadas à vedação de reapreciação de proposta rejeitada ou havida por prejudicada

Estabelece a Constituição Federal que a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (CF, art. 60, § 5.°).

Parte da doutrina denomina essa limitação processual de "princípio da irrepetibilidade de projeto"; visa o princípio a impedir a repetição de apreciação, numa mesma sessão legislativa, de matéria rejeitada ou havida por prejudicada em proposta de emenda anterior.

É de notar que essa limitação possui natureza absoluta, isto é, em hipótese nenhuma a matéria rejeitada ou havida por prejudicada poderá constituir objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. Nesse ponto, é importante destacar que essa regra é distinta daquela estabelecida para a hipótese de rejeição de um **projeto de lei,** prescrita no art. 67 da Carta da República.

Com efeito, em relação ao **projeto de lei** rejeitado, estabeleceu o legislador constituinte que a matéria dele constante somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (art. 67).

Assim, a matéria constante de um projeto de lei rejeitado poderá ser reapreciada, na mesma sessão legislativa, em novo projeto de lei, desde que haja solicitação de maioria absoluta dos membros de uma das Casas Legislativas (art. 67). Contrariamente, a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada **não** poderá, em nenhuma circunstância, ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (art. 60, § 5.°).

3.3.4.1. Substitutivo da proposta

A tramitação do processo legislativo, normalmente, segue os seguintes passos:

1) apresentada a proposta, podem a ela ser oferecidas emendas (supressivas, modificativas ou substitutivas, parciais ou globais);

2) a seguir, a proposta, acompanhada das emendas, é encaminhada ao congressista relator, que dará seu parecer sobre a proposta e as emendas;

3) o relator pode, nesse momento, optar por apresentar um substitutivo à proposta, normalmente contemplando as emendas por ele aprovadas e, se for o caso, também subemendas dele mesmo.

A partir daí, o substitutivo passa a ser a proposta em trâmite na Casa Legislativa (composto pela proposta original acrescida das emendas aprovadas e das oferecidas pelo próprio relator), constituindo o texto que será submetido à deliberação do Plenário.

Questão relevante é saber se, quando é rejeitado o substitutivo, pode o Congresso Nacional, na mesma sessão legislativa, continuar a apreciação da matéria conforme constava da proposta originária ou se, nesse caso, a apreciação restaria vedada, por força do art. 60, § 5.°, da Carta da República.

Essa questão foi amplamente debatida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tendo a Corte, por maioria de votos, firmado a orientação de que **a rejeição do substitutivo não obsta a reapreciação da matéria constante da proposta originariamente apresentada, não sendo caso de incidência da vedação prevista no art. 60, § 5.°, da Lei Maior.**[4]

Com a devida vênia, pensamos que esse tema exige maior reflexão, pois a aplicação generalizada dessa posição do STF traz o risco de frustrar inteiramente o espírito do disposto no § 5.° do art. 60 da CF/88, reduzindo a mera formalidade a garantia que ele deveria traduzir. A nosso ver,

[4] MS 22.503/DF, rei. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa.

poderão existir situações em que, efetivamente, não haja identidade entre a matéria constante do substitutivo e a matéria plasmada na proposta original de emenda. Nessas hipóteses, concordamos que a rejeição do substitutivo não importa vedação à apreciação da proposta originária. Diversamente, se o substitutivo e a proposta originária consubstanciarem essencialmente a mesma matéria, defendemos que a rejeição do substitutivo impedirá a apreciação da proposta originária na mesma sessão legislativa. Se assim não fosse, para frustrar o § 5.° do art. 60 da Carta da República, bastaria não levar nunca a proposta original à votação, mas sempre substitutivos (com pequenas modificações!), para que se pudesse votar quantas vezes se desejasse a mesma matéria, não importa quantas vezes houvesse ela sido rejeitada.

3.3.4.2. Sessão legislativa extraordinária

Dispõe o texto constitucional que "a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa" (art. 60, § 5.°).

É sabido que temos duas espécies de sessões legislativas previstas no texto da Constituição Federal. A primeira delas, a sessão legislativa ordinária - SLO, instala-se obrigatoriamente todos os anos, e compreende os períodos de 2 de fevereiro a 17 de julho (1.° período legislativo) e de 1.° de agosto a 22 de dezembro (2.° período legislativo).

A segunda espécie de sessão legislativa, de natureza excepcional, somente se instala se houver expressa convocação, por um dos órgãos a que a Constituição outorgou legitimação para tanto, nos termos do art. 57, § 6.°, da Constituição Federal. Exatamente por esse motivo é denominada sessão legislativa extraordinária (SLE).

Embora não haja unanimidade na doutrina a respeito desse assunto, entendemos que a sessão legislativa ordinária não contempla as sessões extraordinariamente convocadas fora de seu período. Estas últimas correspondem a uma sessão legislativa autônoma, independente da sessão legislativa ordinária, que transcorre dentro do período estabelecido no art. 57 da Constituição Federal.

Em face dessa dualidade de sessões legislativas, e da omissão do legislador constituinte ao consagrar a limitação processual em comento, tem-se entendido que a vedação expressa no art. 60, § 5.°, da Constituição não impede que a matéria rejeitada ou havida por prejudicada na sessão legislativa ordinária - SLO seja reapreciada em sessão legislativa extraordinária - SLE subseqüente, ainda que no âmbito de um mesmo ano civil.

3.4. Limitações materiais

As limitações materiais, como deflui de seu nome, excluem determinadas matérias ou conteúdos da possibilidade de abolição, visando a assegurar a integridade da Constituição, impedindo que eventuais reformas provoquem a destruição de sua unidade fundamental ou impliquem profunda mudança de sua identidade.

As limitações materiais são tradicionalmente divididas em dois grupos: limitações explícitas e limitações implícitas.

As limitações materiais **explícitas** correspondem àquelas matérias que o constituinte definiu expressamente na Constituição como não passíveis de supressão. O próprio poder constituinte originário faz constar na sua obra um núcleo inderrogável. Essas limitações inserem-se, pois, expressamente, no texto constitucional.

Na vigente Constituição, estão prescritas no art. 60, § 4.°, segundo o qual "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais". São essas as denominadas "cláusulas pétreas expressas".

As limitações materiais **implícitas** concernem a matérias que, apesar de não mencionadas expressamente no texto constitucional como insuprimíveis, estão implicitamente fora do alcance do poder de reforma, sob pena de ruptura da ordem constitucional. Isso porque, caso pudessem ser modificadas pelo poder constituinte derivado, de nada adiantaria a previsão expressa das demais limitações. São apontadas pela doutrina três importantes limitações materiais implícitas, a saber:

a) **a titularidade do poder constituinte originário,** pois uma reforma constitucional, obra do poder constituinte constituído, não pode mudar o titular do poder que cria o próprio poder reformador (a criatura não poder retirar do criador essa qualidade);

b) **a titularidade do poder constituinte derivado,** pois quem a estabelece é o poder constituinte originário, único poder legitimado para determinar quem tem competência para alterar a Constituição (e o processo mediante o qual isso pode ser feito); um poder constituído não pode autorizar a modificação da Constituição por outro poder constituído;

Essa limitação material implícita visa a evitar que o titular do poder constituinte derivado reformador delegue suas atribuições ou as renuncie em favor de qualquer outro órgão constituído. Um exemplo de desrespeito a essa espécie de limitação implícita foi o que tivemos na Alemanha nazista, em

que foram concedidos plenos poderes constitucionais a Hitler, por meio da Lei de 24.03.1933 (citação de Celso Ribeiro Bastos).

No Brasil, a fim de ilustrar o despautério que resultaria da refutação a essa limitação implícita, imagine-se, a título de exemplo, uma emenda constitucional autorizando o Presidente da República a, mediante decreto, modificar a vigente Constituição. Essa emenda, evidentemente, padeceria de flagrante inconstitucionalidade, por implicar afronta à divisão de competências estabelecida pelo poder constituinte originário.

c) **o próprio processo de modificação da Constituição (revisão e reforma),** bem como os artigos que estabelecem todas as limitações explícitas impostas pelo constituinte originário, pois, caso contrário, o poder constituinte derivado poderia alargar indefinidamente sua esfera de atuação (poderia até mesmo transformar a Constituição rígida em flexível, eliminando, assim, a própria distinção entre poder constituinte originário e derivado).

Esta última constitui a mais destacada limitação material implícita: a proibição de modificação das normas constitucionais que estabelecem as restrições expressas ao poder de modificação da Constituição. Veda, dessarte, a alteração dos dispositivos constitucionais que fixam as regras e as limitações para modificação da Constituição. No vigente texto constitucional, como decorrência dessa limitação material implícita, resta impedida a introdução de modificações substanciais no art. 60 da Constituição, que estabelece as restrições expressas ao poder de reforma constitucional, bem como no art. 3.° do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que disciplina o procedimento de revisão constitucional.

O reconhecimento dessa limitação material implícita impõe-se pela mais elementar lógica: caso fosse possível ao poder reformador alterar as regras e limitações estabelecidas pelo poder constituinte originário para sua atuação, tal medida implicaria completa fraude à obra originária.

Para ilustrar o sobredito, suponha-se que fosse legítimo ao poder reformador modificar o procedimento estabelecido pelo legislador constituinte originário para reforma da Constituição de 1988. O Congresso Nacional poderia, então, por meio da aprovação de uma emenda à Constituição, dar nova redação ao art. 60, § 2.°, alterando a exigência de deliberação e o trâmite processual para aprovação de futuras emendas. Digamos que, pela nova redação, o dispositivo passasse a permitir que uma emenda fosse aprovada por deliberação de maioria simples, em um só turno de discussão e votação nas duas Casas Legislativas.

Ora, não é difícil perceber que essa modificação perpetrada pelo poder constituinte reformador implicaria uma insofismável fraude à obra do poder constituinte originário, afastando o grau de estabilidade originariamente im-

posto ao texto por ele elaborado. Nessa situação, o poder reformador estaria, em verdade, transformando a nossa Constituição de rígida em flexível, porquanto, a partir da modificação introduzida no art. 60, seria possível alterar o texto constitucional pelo mesmo procedimento singelo de elaboração das leis ordinárias (maioria simples, em um só turno de votação).

3.4.1. A expressão "não será objeto de deliberação"

Ao estatuir as cláusulas pétreas expressas, dispõe o art. 60, § 4.°, da Constituição Federal que "não será objeto de deliberação" a proposta de emenda tendente a abolir uma (ou mais) das matérias ali arroladas.

Percebe-se, de pronto, que a intenção do legislador constituinte foi afirmar, com veemência, a impossibilidade de aprovação de proposta que afronte cláusula pétrea, impedindo até mesmo que ela seja levada à deliberação nas Casas do Congresso Nacional, dada a gravidade de tal conduta, atentatória à supremacia da nossa Carta Política.

Nossa Corte Maior tem reconhecido a essa expressão o significado que, a nosso ver, o legislador constituinte efetivamente quis lhe emprestar, qual seja, o de que uma proposta tendente a abolir cláusula pétrea **não deve, sequer, ser objeto de deliberação no Congresso Nacional.**

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem admitido o cabimento de **mandado de segurança,** impetrado por um dos congressistas da Casa em que tramita a proposta, diretamente perante o Tribunal, com o fim de sustar o trâmite da proposta de emenda tendente a abolir cláusula pétrea, sob o argumento de que, nessas situações, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição exige - em face da gravidade da lesão, caso consumada - que nem mesmo se chegue à deliberação, proibindo-a peremptoriamente. A inconstitucionalidade, se existente, já está configurada antes de a proposta se transformar em emenda constitucional, porque o próprio processamento, por si só, desrespeita frontalmente a Constituição.

É interessante observar que, nessa situação, temos a possibilidade de instauração de controle incidental de constitucionalidade diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, desde que por iniciativa de membro do órgão parlamentar perante o qual se ache em curso a proposta de emenda à Constituição.

3.4.2. A expressão "tendente a abolir"

Essa expressão, vazada no *caput* do § 4.° do art. 60 da Carta, aponta o verdadeiro sentido e alcance das chamadas cláusulas pétreas.

Da expressão "tendente a abolir" infere-se, com segurança, que nem sempre a aprovação de uma emenda à Constituição tratando de uma das matérias arroladas nos incisos do § 4.° do art. 60 afrontará cláusula pétrea. Somente haverá desrespeito a cláusula pétrea, caso a emenda "tenda" a **suprimir** uma das matérias ali arroladas. O simples fato de uma daquelas matérias ser objeto de emenda não constitui, necessariamente, ofensa a cláusula pétrea (expressões, muitas vezes utilizadas pela doutrina e pelos tribunais, tais como "cláusula de imutabilidade", "núcleo imodificável", "cláusula de imodificabilidade", "intangibilidade absoluta", devem ser compreendidas como verdadeiras hipérboles, cunhadas com o escopo de se enfatizar a importância das matérias que receberam do constituinte originário a especial proteção ora em estudo).

Um exemplo de emenda constitucional versando matéria protegida pelo manto de cláusula pétrea, sem que se possa cogitar inconstitucionalidade, tivemos com o acréscimo de mais um inciso à enumeração dos direitos fundamentais do art. 5.° da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional n.° 45/2004 (inciso LXXVIII: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação").

Nesse caso, embora a EC n.° 45/2004 tenha versado sobre direito individual, matéria expressamente gravada como cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4.°, IV), certamente não há que se falar em inconstitucionalidade, por ofensa a limitação material, haja vista que não houve, por parte do legislador derivado, "tendência a abolir" qualquer direito fundamental (ao contrário, o constituinte reformador acrescentou novo direito individual expresso ao catálogo dos direitos fundamentais estabelecido pelo legislador constituinte originário).

Essa expressão funciona, assim, como um divisor de águas, para o fim de se verificar se determinada emenda desrespeita, ou não, cláusula pétrea. Apresentada uma proposta de emenda cuidando de uma daquelas matérias, deve-se perquirir se há, em decorrência de seu texto, uma "tendência" à abolição, à supressão, ao enfraquecimento das referidas matérias. Se houver, padecerá a proposta de inconstitucionalidade; caso contrário, não existirá afronta a cláusula pétrea.

É mister atentar, todavia, que não somente serão inconstitucionais as emendas que suprimam, por inteiro, matérias expressas nos incisos do § 4.° do art. 60 da CF/88. Não há necessidade, por exemplo, de que, em relação ao voto ou à forma federativa de Estado, a emenda literalmente declare: "fica abolida a forma federativa de Estado" ou "fica abolido o voto direto, secreto, universal e periódico". O dispositivo veda a elaboração de emenda que trate das referidas matérias tendendo a aboli-las, o que inclui disposições que possam acarretar o seu enfraquecimento ou a sua descaracterização.

Assim, por exemplo, uma emenda que atribuísse a qualquer dos Poderes da República competências que a Constituição só outorga a outro importaria tendência a abolir o princípio da separação dos Poderes. De igual modo, é sabido que nossa Federação assenta-se na autonomia assegurada a todos os entes políticos (CF, art. 18). Essa autonomia está garantida pela capacidade de auto-organização, de autogoverno e de auto-administração de cada um dos entes federados. Logo, uma emenda que suprima, ainda que parcialmente, uma dessas capacidades, será inconstitucional, uma vez que apresenta **tendência** a abolir a forma federativa de Estado. Seria o caso, *e.g.*, de uma emenda que passasse ao governador de estado a competência para a organização e fiscalização dos serviços públicos prestados pelas municipalidades de seu território; tal disposição, sem dúvida, indicaria tendência a abolir a forma federativa de Estado, por retirar parcela significativa da autonomia dos municípios, derruindo o equilíbrio de nossa Federação, conforme desenhado pelo constituinte originário.

Por outro lado, como se disse, o simples fato de uma emenda versar sobre assunto gravado como cláusula pétrea não a torna inconstitucional. É que o texto proíbe tão-só emenda "tendente a abolir" as matérias enumeradas no § 4.° do art. 60 (incisos I a IV). Assim, caso o texto da emenda não restrinja os direitos e garantias individuais, não enfraqueça a forma federativa de Estado etc, não há que se cogitar ofensa a cláusula pétrea.

3.4.3. Cláusula pétreo e "os direitos e garantias individuais"

A Constituição Federal, no Título II, dedicado aos direitos e garantias fundamentais, destinou o Capítulo I aos direitos e deveres individuais e coletivos, enunciando estes no art. 5.° e em seus setenta e oito incisos.

Ao apontar as matérias protegidas com o manto de cláusula pétrea, o legislador constituinte gravou com essa cláusula assecuratória "os direitos e garantias individuais" (CF, art. 60, § 4.°, IV).

Em face desse tratamento constitucional, resta-nos examinar se somente são inabolíveis os direitos e garantias expressamente enumerados no art. 5.° da Carta Política, ou se, também, outros direitos e garantias dispersos no texto da Constituição estão acobertados pela proibição de supressão. Em outras palavras, faz-se mister responder à indagação seguinte: estariam protegidos sob o palio da cláusula pétrea exclusivamente os direitos e garantias arrolados no art. 5.° da Constituição Federal?

O Supremo Tribunal Federal decidiu que não, entendendo que a garantia insculpida no art. 60, § 4.°, IV, da CF alcança um conjunto mais amplo de direitos e garantias constitucionais de caráter individual dispersos no texto da Carta Magna.

Nesse sentido, considerou a Corte que é garantia individual do contribuinte, protegida com o manto de cláusula pétrea, e, portanto, inafastável por meio de reforma, o disposto no art. 150, III, "b", da Constituição (princípio da anterioridade tributária), entendendo que, ao pretender subtrair de sua esfera protetiva o extinto IPMF (imposto provisório sobre movimentações financeiras), estaria a Emenda Constitucional n.° 3/1993 deparando-se com um obstáculo intransponível, contido no art. 60, § 4.°, IV, da Constituição da República.[5]

3.4.4. Vedação à "dupla revisão"

Questão debatida na doutrina diz respeito à possibilidade de supressão ou de alteração substancial de matérias objeto de cláusula pétrea por meio de procedimentos especiais de reforma.

Há autores de renome que defendem essa possibilidade, por considerarem absurda a idéia de proibição de mudança de qualquer norma da Constituição; entendem que a alteração ou supressão de dispositivos constitucionais sempre é possível, desde que realizada de acordo com o Direito e visando às necessidades do bem-estar social. Para eles, uma vedação absoluta à mudança do texto constitucional segundo as regras do Direito eqüivaleria a deixar a possibilidade de modificação, tão-somente, para uma revolução, para o uso da força, o que não seria razoável (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Jorge Miranda).

Desse modo, para os defensores dessa tese, o que a Constituição estabeleceria em favor das cláusulas pétreas seria, tão-somente, uma rigidez maior, maiores exigências para a sua modificação ou revogação, não uma proibição absoluta. Enquanto as demais normas constitucionais poderiam ser revogadas por meio de procedimento ordinário de aprovação de reforma constitucional, as matérias gravadas como cláusulas pétreas seriam duplamente protegidas, isto é, para modificá-las, seria preciso, primeiro, revogar a cláusula pétrea e, depois, alterar as disposições sobre a matéria em questão, até então protegida. Enfim, uma cláusula pétrea poderia ser superada, desde que segundo o procedimento denominado "dupla revisão".

Exemplificando: na vigente Constituição, os direitos e garantias individuais estão gravados como cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4.°, IV). Portanto, o poder de reforma não poderia, por meio de **uma** emenda à Constituição, suprimir um direito ou uma garantia individual constitucionalmente prevista, porque estaria contrariando cláusula pétrea expressa. Entretanto, para os defensores da dupla revisão, o poder de reforma poderia superar essa ve-

[5] ADI 939/DF, rei. Min. Sydney Sanches, 15.09.1993.

dação, por meio da aprovação de **duas** emendas consecutivas: na primeira, suprimiria da Constituição tal cláusula pétrea; na segunda, não existindo mais a cláusula pétrea no texto constitucional, atingiria o direito ou a garantia individual almejada.

A tese da dupla revisão **não** é aceita entre nós, pois esbarra em uma outra cláusula pétrea, esta implícita. Com efeito, conforme enfatizamos antes, estão proibidas as reformas que tenham por objeto modificação substancial do art. 60 da Constituição, que estabelece o procedimento e os limites para a atuação do poder constituinte derivado. Essa, aliás, é a razão de ser de tal cláusula pétrea implícita: sem ela, procedimentos como o de "dupla revisão" permitiriam ao constituinte reformador atuar sem qualquer limite, possibilitando, até, que ele conferisse a si mesmo todas as prerrogativas inerentes ao poder constituinte originário. Dessarte, prevalece na doutrina a orientação de que, nas Constituições que estabelecem proibições expressas de emendas sobre determinadas matérias, os dispositivos que contêm tais proibições também são imodificáveis. Cuida-se da mais relevante **limitação material implícita** ao poder de reforma, que obsta a supressão das limitações expressas de qualquer ordem, estabelecidas no art. 60 da Carta da República.

ignijjuiaio — iia^ i ia

- Limitações ao Poder Constituinte Derivado na CF/88
  - Circunstanciais - Art. 60, § 1.'
  - Processuais ou Formais - art. 60, I a III, e §§ 2.°, 3.° e 5.°
  - Expressas ou Explícitas - art. 60, § 4.°
  - Materiais
    - Implícitas ou Tácitas
      - * A Titularidade do Poder Constituinte Originário e Derivado
      - * O Próprio Procedimento de Modificação da Constituição

4. CONTROLE JUDICIAL DO PROCESSO LEGISLATIVO DE EMENDA

O fato de nosso constituinte originário haver diretamente estabelecido no texto constitucional uma série de exigências concernentes ao processo legislativo de produção de emendas à Constituição tem como corolário a possibilidade de aferição, pelo Poder Judiciário, da observância dos requisitos procedimentais e, se for o caso, de trancamento do processo

legislativo mediante a declaração incidental de inconstitucionalidade atinente à sua tramitação.

Esse controle judicial do processo legislativo, entretanto, não se confunde, nem é sucedâneo, do controle abstrato de constitucionalidade das leis. No controle judicial do processo legislativo não se está apreciando um ato normativo, quanto a seus aspectos formal e material, como ocorre no controle abstrato das normas; o que se verifica é a adequação de um procedimento concreto de produção normativa às exigências constitucionalmente estabelecidas.

Caso se conclua pela inobservância de requisitos procedimentais plasmados no texto da Constituição, tranca-se o processo legislativo com base na declaração incidental da inconstitucionalidade do procedimento.

Trata-se, portanto, de um controle repressivo do processo de deliberação e de um controle preventivo, porquanto impede a edição da norma eivada do vício maior (o STF tem, em alguns julgados, se referido ao controle do processo legislativo como controle "difuso", com o fim de deixar claro que não se trata de um sucedâneo do controle abstrato das normas; observamos, entretanto, que a expressão "controle difuso", nesse caso, pode levar a uma noção imprecisa, uma vez que não há possibilidade de apreciação do processo legislativo por todos os órgãos do Poder Judiciário - como ocorre no controle difuso ou *in concreto* de constitucionalidade das demais normas -, mas, tão-somente, em se tratando de emendas à Constituição da República, pelo Supremo Tribunal Federal).

O STF reconhece o "cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação ou a sua deliberação. Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição".[6]

É mister sublinhar que o controle judicial do processo legislativo de emendas à Constituição (bem como o de quaisquer outros atos normativos) é realizado exclusivamente pela via do **mandado de segurança.** Como acima dito, o que se obtém, em caso de deferimento, é um provimento judicial de natureza mandamental que tem por objeto o trancamento do processo legislativo, seja lá em que fase ele se encontre, desde que, como veremos no parágrafo seguinte, a emenda ainda não tenha sido promulgada. O objeto

[6] MS 20.257, rei Min. Décio Miranda, 08.10.1980.

do pedido não é a declaração da inconstitucionalidade da tramitação; esta é obtida *incidenter tantum*, apenas com o escopo de fundamentar a ordem para a sustação dos trabalhos legislativos relativos àquele projeto.

O Supremo Tribunal Federal já enfatizou que a **conversão,** em emenda à Constituição, de proposta de reforma constitucional configura hipótese caracterizadora de **perda superveniente da legitimidade ativa** do congressista para impetrar o *writ* mandamental, notadamente quando deduzido este com o objetivo de questionar suposta ilicitude revelada no curso do *iter* formativo de determinada espécie normativa.

Assim, embora o STF reconheça ao membro do Congresso Nacional qualidade para fazer instaurar o controle jurisdicional pertinente ao processo de elaboração normativa, "nega-lhe, no entanto, legitimidade ativa para prosseguir no processo mandamental, quando, em decorrência de fato superveniente, a proposição normativa, em tramitação na esfera parlamentar, vem a transformar-se em lei ou a converter-se em emenda à Constituição. A superveniência da aprovação parlamentar do projeto de lei ou da proposta de emenda à Constituição implica a perda da legitimidade ativa dos membros do Congresso Nacional para o prosseguimento da ação mandamental, que não pode ser utilizada como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade".[7]

Como se vê, esse entendimento justifica-se pelo fato de que, se fosse admitida, mesmo após a promulgação da emenda ou da lei, a subsistência da legitimidade ativa do parlamentar, estar-se-ia, na realidade, a permitir que o membro do Congresso Nacional - que não se acha incluído no rol taxativo consubstanciado no art. 103 da Carta Política - pudesse discutir, *in abstracto*, a validade constitucional de determinada espécie normativa, conferindo, à ação de mandado de segurança, o caráter de sucedâneo indevido da ação direta de inconstitucionalidade.

De toda forma, mesmo quando cabível o controle do processo legislativo, a legitimação ativa é extremamente restrita: **somente os congressistas integrantes da Casa Legislativa em que estiver tramitando a proposta são legitimados para impetrar o mandado de segurança com essa finalidade.** Em nenhuma circunstância terceiros têm legitimidade para intentar o controle judicial do procedimento constitucional de elaboração dos atos normativos.

Com ênfase o STF tem afirmado que somente os membros do Congresso Nacional dispõem de legitimidade ativa *ad causam* para provocar a instauração do controle jurisdicional sobre o processo de formação das leis e das emendas à Constituição, assistindo-lhes, sob tal perspectiva, irrecusável

MS 22.487/DF, rei. Min. Celso de Mello.

direito subjetivo de impedir que a elaboração dos atos normativos, pelo Poder Legislativo, incida em desvios inconstitucionais. A Corte Constitucional tem reiteradamente proclamado, em favor dos congressistas - não, porém, em favor de terceiros - o reconhecimento desse direito público subjetivo à correta elaboração das leis e das emendas à Constituição.

Repita-se, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de recusar a terceiros, que não ostentem a condição de parlamentar, qualquer legitimidade que lhes atribua a prerrogativa de questionar, *incidenter tantum*, mediante mandado de segurança, a validade jurídico-constitucional de proposta de emenda à Constituição, ainda em tramitação no Congresso Nacional.

5. CONTROLE JUDICIAL DE EMENDA PROMULGADA

Conforme vimos, com a aprovação de uma emenda constitucional, desde que se tenham respeitado as limitações formais e materiais fixadas pelo art. 60 da vigente Carta da República, passa ela a integrar o texto constitucional, a ser preceito constitucional, de mesma hierarquia das normas constitucionais originárias. Para tanto, repita-se, é necessário que a emenda tenha sido produzida segundo a forma previamente estipulada pelo poder constituinte originário e possua conteúdo por ele não proibido.

Essa exigência - haver a emenda observado o procedimento e as vedações materiais constitucionalmente determinadas - decorre do fato de ser o poder constituinte de reforma um poder constituído, portanto, limitado. Com efeito, o constituinte originário, ao dispor acerca do poder de reforma, estabelece requisitos, condicionamentos e proibições cuja observância é imprescindível para que se reconheça como legítimo o seu exercício; qualquer modificação da Carta Política que não tenha em conta essas limitações implicará ruptura da ordem constitucional.

Em suma, ao reformar a obra do poder constituinte originário, não pode o constituinte derivado desbordar dos limites impostos a sua atuação, sob pena de incorrer no vício de inconstitucionalidade. Vale dizer, havendo desrespeito ao procedimento ou a quaisquer limitações impostas pelo poder constituinte originário ao exercício do poder de reforma, a emenda será inconstitucional, devendo ser assim declarada e expurgada do ordenamento jurídico, com observância das regras atinentes ao controle de constitucionalidade das normas.

Portanto, é plenamente cabível o controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso, dos atos de reforma da Constituição - revisão ou emenda -, que poderão incidir no vício de inconstitucionalidade, caso desrespeitem as

limitações originariamente estabelecidas pelo legislador constituinte, no art. 60 da Carta da República. A inconstitucionalidade da reforma pode dar-se tanto sob o aspecto material (conteúdo do ato de reforma, que não poderá afrontar uma cláusula pétrea expressa), quanto sob o enfoque formal (inobservância do procedimento de elaboração normativa ou das demais formalidades estabelecidas na Constituição).

Dessarte, tanto poderá ser reconhecida a inconstitucionalidade de uma emenda que afronte uma cláusula pétrea expressa (abolindo uma garantia individual, por exemplo) - inconstitucionalidade material -, quanto poderá ser declarada a pecha extrema numa emenda que tenha desrespeitado o processo legislativo imposto pela Constituição Federal para sua elaboração (não aprovação da matéria, em dois turnos, nas duas Casas Legislativas, por exemplo) - inconstitucionalidade formal.

CONTROLE JUDICIAL DO PROCESSO DE MODIFICAÇÃO DA CF/88

	PEC	EMENDA JA PROMULGADA	
Controle Restrito	Só por iniciativa de congressista Só por meio de mandado de segurança (controle concreto) Só perante o STF	Controle Amplo -	Concreto, por iniciativa de qualquer pessoa prejudicada, perante qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário Abstrato, por iniciativa de um dos legitimados pela Constituição (art. 103), exclusivamente perante o STF

APLICABILIDADE IMEDIATA DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS (RETROATIVIDADE MÍNIMA)

Questão relevante concerne à incidência, ou não, das normas constantes de uma emenda constitucional sobre fatos jurídicos que venham a ocorrer após a data de início de sua vigência, mas que decorram de atos praticados ou de negócios celebrados anteriormente a essa data. Por outras palavras, é importante verificar se uma emenda constitucional pode afetar os efeitos de um fato ocorrido antes do início de sua vigência, mas que devam, os efeitos, ser produzidos após essa data (efeitos futuros de fatos passados).

O Supremo Tribunal Federal deixou assente que, em nosso ordenamento, **as emendas constitucionais tem aplicação imediata, atingindo os efeitos futuros de atos praticados no passado.**[8]

6.1. Emenda constitucional e direito adquirido

O Supremo Tribunal Federal ainda não apreciou, sob a égide da atual Carta, os efeitos de uma emenda à Constituição sobre o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. A título de informação, sob a Constituição passada, a posição do Tribunal era unânime no sentido de que "não há direito adquirido contra o poder constituinte, originário ou derivado".

Entretanto, essa antiga posição do STF não nos parece ser hoje aceita pela maioria dos seus Ministros. Em mais de um julgado, alguns Ministros já manifestaram entendimento de que aquela orientação deve, pelo menos, ser objeto de nova discussão, em face da promulgação da atual Constituição.

Na doutrina, embora haja vozes respeitáveis nos dois sentidos, pensamos ser dominante a orientação de **não** se permitir à emenda constitucional a violação do direito adquirido, entendimento que perfilhamos.

7. REFORMA DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os estados-membros estão vinculados às regras do processo legislativo federal, inclusive quanto ao *quorum* de deliberação para reforma da Constituição Estadual, que não pode ser mais fácil nem mais dificultoso do que o previsto na Constituição Federal (três quintos).

Como precedentemente explicamos, o STF entende que o procedimento de modificação dos textos das Constituições dos estados-membros não pode ser nem menos rígido, nem mais rígido do que o exigido para a alteração da Constituição da República. O Pretório Excelso já teve oportunidade de declarar inconstitucionais dispositivos de Constituições de estados-membros que exigiam aprovação de emendas por quatro quintos dos membros da assembléia legislativa, afirmando que, além de implicar restrição excessiva à atuação do poder de reforma, o excesso de rigidez, em vez de aumentar a garantia de estabilidade de uma Constituição, aumenta o risco de rompimentos contrários à ordem jurídica, porquanto eliminam a necessária possibilidade de adaptação do texto constitucional à cambiante realidade social.

[8] Inq 1.637/SP, rei. Min. Celso de Mello.

Além disso, as demais regras impostas ao legislador derivado federal são, também, no que couber, de observância obrigatória por parte do legislador constituinte estadual (ausência de sanção ou veto da proposta; promulgação pelo próprio Poder Legislativo; irrepetibilidade, na mesma sessão legislativa, de matéria constante de proposta rejeitada ou havida por prejudicada etc).

Note-se que esse entendimento do Supremo Tribunal Federal, sobre a necessidade de observância obrigatória do procedimento de reforma da Constituição Federal, alcança somente os estados-membros, no tocante à modificação da Constituição estadual. Vale dizer, essa obrigatoriedade não alberga os municípios e o Distrito Federal, em relação à modificação das respectivas leis orgânicas, haja vista que essas seguem regramento constitucional próprio (arts. 29 e 32), distinto daquele previsto para a reforma da Constituição Federal (art. 60).

Por último, vale lembrar que, segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, os estados-membros não podem instituir procedimento simplificado de revisão de suas Constituições, nos moldes daquele estabelecido pelo constituinte nacional para a revisão da Constituição da República (ADCT, art. 3.°).

O caráter de excepcionalidade da revisão constitucional instituída pelo art. 3.° do ADCT da CF/88, decorrente de elementos conjunturais específicos, torna injustificável, e portanto ilegítima, a previsão, nas Constituições dos demais entes federados, de realização de revisões constitucionais para modificação de seus textos, mediante procedimentos menos rígidos do que os estabelecidos no art. 60 da CF/88.

Capítulo 10

PODER EXECUTIVO

1. NOÇÃO DE PRESIDENCIALISMO

O Brasil adota o presidencialismo como sistema de governo desde a primeira Constituição da República, promulgada em 1891, sendo mantido por todas as posteriores Constituições,[1] inclusive pela Constituição Federal de 1988.[2]

O presidencialismo é o sistema de governo que tem como características principais a forte concentração das funções executivas na figura do Presidente da República e a existência de uma separação de funções mais acentuada entre os Poderes Executivo e Legislativo.

A concentração da atividade executiva na figura do Presidente da República ocorre porque, no sistema presidencialista, a chefia do Poder Executivo é monocrática ou unipessoal, vale dizer, incumbe unicamente ao Presidente da República, que exerce, simultaneamente, a chefia de Governo, de Estado e de Administração.[3] Os Ministros de Estado são meros auxiliares do Presidente

[1] Em toda a nossa história republicana, só tivemos a adoção do parlamentarismo durante breve período de vigência da Constituição de 1946: da promulgação da Emenda Constitucional n.° 4, de 02.09.1961, que o instituiu, até a promulgação da Emenda Constitucional n.° 6, de 23.01.1963, que restabeleceu o presidencialismo.

[2] A Constituição Federal de 1988 delegou ao eleitorado brasileiro a competência para, mediante plebiscito, definir o sistema de governo a vigorar no Brasil (ADCT, art. 2.°); o plebiscito, realizado em 21.04.1993, confirmou a opção do legislador constituinte originário pelo presidencialismo.

[3] Diferentemente do sistema parlamentarista, em que a função de Chefe de Estado é exercida pelo presidente ou monarca e a de Chefe de Governo desempenhada pelo primeiro ministro.

da República, por ele livremente escolhidos e demissíveis (exoneráveis) *ad nutum*, isto é, sem necessidade de nenhuma motivação.

Como chefe de Estado, o Presidente da República representa o Estado brasileiro nas suas relações internacionais, e corporifica a unidade interna da Federação.

Como chefe de Governo, cabe ao Presidente a gerência dos negócios internos do Estado brasileiro, sejam os de natureza política, sejam os de natureza administrativa, exercendo, com isso, a liderança da política nacional, pela orientação das decisões gerais e pela direção da máquina administrativa (Alexandre de Moraes).

A segunda característica nuclear do presidencialismo - o maior delineamento da separação das funções estatais entre os Poderes Executivo e Legislativo - resulta, especialmente, da independência estabelecida pela Constituição para os membros desses Poderes. Assim, o Poder Executivo concentra-se na figura do Presidente da República, que é eleito para mandato certo, sem responsabilidade política perante o Legislativo.[4] Por outro lado, os membros do Legislativo também são eleitos para mandatos certos, que não poderão ser abreviados pela vontade do chefe do Poder Executivo. Com isso, o Presidente da República tem direito de nomear e exonerar seus auxiliares, Ministros de Estado, e a praticar todos os demais atos de governo durante a integralidade do seu mandato, ainda que sem apoio da maioria do parlamento, pois no presidencialismo não existe a possibilidade de o Legislativo, ordinariamente, afastar o Presidente da República. Por outro lado, não existe a possibilidade de o Presidente da República dissolver o parlamento, como meio de abreviar os mandatos dos membros do Legislativo.

Por isso é que se diz que no presidencialismo a responsabilidade de governo do Presidente da República se estabelece diretamente com o povo, e não com o parlamento. Como o Poder Executivo haure seus poderes diretamente do povo, por meio de eleições - diretas ou indiretas -, é com este que se estabelece a relação direta de responsabilidade pela condução das políticas governamentais - diferentemente do parlamentarismo, em que há responsabilidade de governo diretamente perante o parlamento, haja vista que os poderes do chefe de Governo são derivados da vontade da maioria do Legislativo.

Cabe ressaltar que essa mais acentuada separação das funções estatais, presente no presidencialismo em respeito à independência dos Poderes Executivo e Legislativo, não chega ao ponto de afastar a possibilidade de responsabilização do Presidente da República, nos casos de crimes de responsabilidade e de alguns crimes comuns, conforme veremos à frente.

[4] Exceto na situação excepcional do *impeachment,* o qual só é possível em face de crime de responsabilidade, caracterizando, portanto, não uma responsabilização exclusivamente política, mas, sim, jurídico-política.

2. FUNÇÕES

Na clássica doutrina da separação dos poderes, a função executiva compreende a solução e administração de casos concretos individualizados, de acordo com as leis gerais e abstratas elaboradas pelo Legislativo. A função executiva, por sua vez, é tradicionalmente dividida em função de governo, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e função administrativa, com três objetivos distintos: intervenção, fomento e prestação de serviço público.

Porém, como já analisado nesta obra, modernamente as funções estatais não são exercidas de modo exclusivo, cabendo a cada Poder o desempenho de funções predominantes (típicas) e, também, de funções que, a rigor, seriam próprias de outros Poderes (atípicas).

A função típica do Poder Executivo é administrar, compreendendo não só a função de governo, relacionada às atribuições políticas e de decisão, mas também a função meramente administrativa, pela qual são desempenhadas as atividades de intervenção, fomento e serviço público.

As funções atípicas são a legislativa e a de julgamento. Assim, além de gerir, política e administrativamente, a coisa pública, o Poder Executivo também legisla (expedição de medidas provisórias) e julga (contencioso administrativo).[5]

3. INVESTIDURA

O Presidente e o Vice-Presidente da República são eleitos pelo sistema eleitoral majoritário, pelo qual se sagra vencedor aquele candidato que obtiver maior número de votos, segundo o procedimento fixado na Constituição Federal.

A eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado, vale dizer, o eleitor, ao votar para Presidente, estará, na realidade, votando na dupla de candidatos (que não precisam pertencer ao mesmo partido).

Deve-se ressalvar que o Poder Executivo não exerce atividade jurisdicional. A jurisdição, que é própria do Poder Judiciário, pressupõe a existência de um julgador neutro, imparcial, eqüidistante das partes, o que não ocorre no julgamento de processos administrativos. Além disso, a atividade jurisdicional propriamente dita implica a aplicação do direito ao caso concreto litigioso com caráter de definitividade, de imutabilidade. As decisões que o Poder Executivo profere em processos administrativos sempre podem ser submetidas ao Poder Judiciário, ou seja, embora elas possam ser descritas como "aplicação do direito ao caso concreto litigioso", elas não são definitivas, jamais fazem coisa julgada, nem formal, nem material.

O sistema majoritário é tradicionalmente dividido em duas espécies: sistema majoritário puro ou simples e sistema majoritário de dois turnos.

No sistema majoritário simples ou puro, será considerado eleito o candidato que obtiver no pleito o maior número de votos, em um só turno de votação, ainda que a diferença de votos entre eles seja insignificante. No Brasil, é o sistema adotado para a eleição dos Senadores da República (CF, art. 46) e dos Prefeitos dos municípios com até duzentos mil eleitores (CF, art. 29, II). O sistema majoritário simples dá azo a que, numa eleição com muitos candidatos ao mesmo cargo, o vencedor possa vir a ser eleito com um reduzido percentual de votos. Imagine-se, por exemplo, uma eleição para Prefeito, com dez candidatos, em um município com menos de duzentos mil eleitores. Em tese, se nove candidatos obtivessem, cada um, digamos, 9,99% dos votos válidos, o vencedor seria eleito com apenas 10,09% dos votos válidos. Se houvesse um grande número de votos brancos ou nulos, menor ainda seria o percentual efetivo de eleitores que teriam votado no candidato vencedor. Hipóteses como essa, indiscutivelmente, podem comprometer a representatividade do eleito, trazendo risco, até mesmo, de que, aos olhos da população, sua legitimidade resulte enfraquecida.

Pelo sistema majoritário de dois turnos, será considerado eleito o candidato que obtiver a maioria absoluta dos votos válidos, sendo que, se esta não for alcançada no primeiro turno, há que se realizar um segundo turno. E o sistema adotado no Brasil para a eleição do Presidente da República, dos Governadores dos estados e do Distrito Federal e dos Prefeitos dos municípios com mais de duzentos mil eleitores. Nas eleições para esses cargos, portanto, o princípio é o da *maioria absoluta*, vale dizer, o que é obrigatório não é a existência de dois turnos, mas a obtenção da maioria absoluta dos votos válidos pelo candidato vencedor. Por isso, se algum candidato obtiver a maioria absoluta dos votos válidos já no primeiro escrutínio, nem sequer caberá cogitar a realização de um segundo turno.

O Presidente da República é eleito simultaneamente com um Vice-Presidente, por meio de sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, em eleição realizada no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro,[6] em segundo turno, se houver necessidade deste, do ano anterior ao término do mandato presidencial vigente (art. 77), para mandato de quatro anos, permitida a reeleição para um único período subseqüente (art. 14, § 5.°).

Não há um limite de vezes para que o mesmo cidadão seja eleito Presidente da República. O que a Constituição veda, em respeito ao princípio

O disposto no § 3.° do art. 77 acerca do prazo para realização do segundo turno - determinando que este deva ocorrer em "até vinte dias após a proclamação do resultado" da primeira votação - restou prejudicado com a alteração do *caput* do art. 77, trazida pela EC n.° 16/1997. Assim, a realização do segundo turno, quando houver, será no último domingo de outubro, e não vinte dias após a proclamação do resultado do primeiro turno.

da temporalidade do mandato, marca da forma republicana de governo, é a possibilidade de mais de uma *reeleição* para períodos seqüenciais (é possível uma *reeleição* para período seqüencial, não duas). Assim, nada impede que um mesmo cidadão exerça a Presidência da República por três, quatro, ou mais vezes, desde que não mediante duas reeleições seguidas, isto é, desde que não exerça três mandatos consecutivos.

São requisitos para a candidatura aos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República:

a) ser brasileiro nato;

b) estar no pleno gozo dos direitos políticos;

c) possuir alistamento eleitoral;

d) possuir filiação partidária;

e) possuir idade mínima de trinta e cinco anos;

f) não ser inelegível (inalistável, analfabeto, mais de uma reeleição para período subseqüente e inelegibilidade por parentesco, na forma do art. 14, §§ 4.°, 5.° e 7.°).

Esses requisitos de elegibilidade para o Presidente da República aplicam-se, igualmente, ao Vice-Presidente, porquanto a eleição deste depende da eleição daquele.

Dentre esses requisitos, destacamos a exigência de que os candidatos tenham filiação partidária, significando que no Brasil não se admite a figura da candidatura avulsa ou autônoma, desvinculada de partido político.

Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos. Se nenhum candidato obtiver a maioria absoluta na primeira votação, realizada no primeiro domingo de outubro, far-se-á nova eleição, no último domingo desse mês, na qual concorrerão os dois candidatos mais votados, hipótese em que será considerado eleito o candidato que obtiver a maioria dos votos válidos, excluídos os brancos e nulos (essa maioria obtida no segundo turno representa, automaticamente, a maioria absoluta dos votos válidos, porque no segundo turno sempre são somente dois os candidatos; esta é a razão de a parte final do § 3.° do art. 77 só afirmar que, no segundo turno, considera-se "eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos": a referência à maioria absoluta seria, aqui, desnecessária).

Se, antes de realizado o segundo turno, ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, convocar-se-á entre os remanescentes, o de maior votação. Em qualquer caso, se houver empate entre os candidatos que figurarem em segundo lugar na disputa, qualificar-se-á o mais idoso.

Situação distinta ocorre quando o candidato eleito para o cargo de Presidente morre após a sua eleição, mas antes da expedição do respectivo diploma. Nesse caso, o Vice-Presidente será considerado eleito, com direito subjetivo ao exercício de todo o mandato de chefe do Executivo, haja vista que no escrutínio ocorre, na realidade, a eleição simultânea dos dois candidatos.

A posse do Presidente e do Vice-Presidente da República ocorre no dia 1.° de janeiro, em sessão conjunta do Congresso Nacional, na qual devem prestar o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil (art. 78).

Porém, se, decorridos dez dias da data fixada para a posse, o Presidente ou o Vice-Presidente não tiver assumido o cargo, este será declarado vago, salvo motivo de força maior que justifique a ausência (art. 78, parágrafo único).

Note-se que, nessa situação de ausência impeditiva da posse, expirado o prazo de dez dias, o cargo só será declarado vago se não comparecerem, sem motivo de força maior, os **dois** candidatos. Se apenas o candidato a Vice não comparecer, sem motivo de força maior, o candidato a Presidente tomará posse e exercerá integralmente o mandato sem Vice-Presidente. Caso o candidato a Presidente não compareça, sem motivo de força maior, o candidato eleito como Vice assumirá a Presidência e exercerá integralmente o mandato, também sem Vice-Presidente. Se, por motivo de força maior, o candidato a Vice não comparecer, o candidato a Presidente tomará posse e governará sem Vice, até que cessem os motivos excepcionais e o Vice seja empossado. Na hipótese de, por motivo de força maior, o candidato a Presidente não comparecer, o candidato a Vice assumirá a Presidência, mas temporariamente, até que ocorra a cessação dos motivos excepcionais e o candidato a Presidente possa ser empossado. Por fim, se houver motivo de força maior que impeça a posse de ambos - do Presidente e do Vice-Presidente da República -, esta terá que ser adiada para além dos dez dias da data inicialmente fixada para a posse, até que pelo menos um dos dois tenha a possibilidade de ser empossado.

O mandato presidencial é de quatro anos e terá início em primeiro de janeiro do ano seguinte ao de sua eleição (art. 82), sendo permitida uma única reeleição para o período subseqüente (art. 14, § 5.°).

4. IMPEDIMENTOS E VACÂNCIA

Determina a Constituição que cabe ao Vice-Presidente substituir o Presidente, nos casos de impedimento, e suceder-lhe no caso de vaga (art. 79).

Os impedimentos são os afastamentos temporários do Presidente, como a hipótese de ausência do País, situações em que caberá ao Vice-Presidente substituí-lo no exercício pleno da Presidência.

O Presidente e o Vice-Presidente da República não poderão, sem licença do Congresso Nacional, ausentar-se do País por período superior a quinze dias, sob pena de perda do cargo (CF, art. 83). Segundo orientação do STF, essa regra, por força do princípio da simetria, é de observância obrigatória pelos estados-membros, vale dizer, o governador não poderá ausentar-se do Estado ou do País por período superior a quinze dias sem autorização da assembléia legislativa, sob pena de perda do cargo.[7]

A vacância é o afastamento definitivo do Presidente, decorrente de morte, de renúncia ou de perda do cargo em razão de pena imposta pela prática de crime comum ou de responsabilidade, situações em que caberá ao Vice-Presidente **sucedê-lo.**

Se a vacância for somente do cargo de Presidente, o Vice assumirá e exercerá integralmente o mandato faltante, sem Vice-Presidente. Da mesma forma, se a vacância for apenas do cargo de Vice, o Presidente exercerá normalmente o mandato faltante, sem Vice-Presidente. Nessas hipóteses, durante os impedimentos do titular, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

Caso haja impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

E importante esclarecer que somente o Vice-Presidente sucederá o Presidente **definitivamente** em caso de vacância. Assim, se ocorrer vacância somente do cargo de Presidente, o Vice-Presidente suceder-lhe-á definitivamente, seja qual for o período faltante para o término do mandato.

Agora, se houver vacância dos cargos de Presidente e de Vice-Presidente, o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal somente assumirão a Presidência temporariamente, até que ocorra nova eleição, na forma seguinte:

a) vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente nos dois primeiros anos do mandato, far-se-á nova eleição direta noventa dias depois de aberta a última vaga;

b) se a vacância ocorrer nos dois últimos anos do mandato, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei, hipótese excepcional de **eleição indireta** para a Presidência da República.

[7] ADI 3.647/MA, rei. Min. Joaquim Barbosa, 17.09.2007.

Estabelece a Constituição que em qualquer das hipóteses, o Vice-Presidente ou os novos eleitos somente completarão o período de seus antecessores, cumprindo o chamado "mandato tampão". Portanto, se a vacância ocorrer no terceiro ano do período presidencial, os eleitos pelo Congresso Nacional cumprirão mandato de apenas um ano.

Por fim, cabe ressaltar que qualquer um dos substitutos do chefe do Executivo - Vice-Presidente, Presidente da Câmara, Presidente do Senado ou Presidente do Supremo Tribunal Federal - que assuma a Presidência exercerá plenamente os poderes e competências do Presidente da República, podendo praticar quaisquer atos presidenciais, tais como adotar medidas provisórias, sancionar projetos, promulgar e publicar leis, nomear e exonerar Ministros de Estado etc.

5. ATRIBUIÇÕES

As competências privativas do Presidente da República estão enumeradas no art. 84 da Constituição Federal, referente ao exercício das chefias de Estado, de Governo e de Administração, nos termos seguintes:

> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
>
> I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;
>
> II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;
>
> III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;
>
> IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;
>
> V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;
>
> VI - dispor, mediante decreto, sobre:
>
> a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
>
> b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;
>
> VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;
>
> VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;
>
> IX - decretar o estado de defesa e o estado de sítio;
>
> X - decretar e executar a intervenção federal;
>
> XI - remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

XIII - exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos;

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;

XV - nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União;

XVI - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União;

XVII - nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII;

XVIII - convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional;

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

XX - celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;

XXI - conferir condecorações e distinções honoríficas;

XXII - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;

XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;

XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;

XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;

XXVII - exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

Note-se que o dispositivo enumera, sem um critério identificável, as atribuições do Presidente da República relacionadas ao exercício das chefias de Estado, de Governo e de Administração. Assim, por exemplo, as atribuições previstas nos incisos I, II, III, IV, V, VI, IX e XXVII são de natureza eminentemente administrativa. Já as atribuições dos incisos VII, VIII e XIX estão relacionadas com a chefia de Estado, na representação do Brasil nas suas relações internacionais.

Embora extensa, a enumeração das atribuições do Presidente da República pelo art. 84 da Constituição não é exaustiva, mas sim meramente exemplificativa, conforme esclarece o seu próprio inciso XXVII, acima transcrito, que diz que o chefe do Executivo exercerá outras atribuições previstas na Constituição.

Em regra, as atribuições privativas enumeradas no art. 84 da Constituição são indelegáveis, isto é, só poderão ser exercidas pelo Presidente da República ou, durante os seus impedimentos, por aquele que o substituir na Presidência. Entretanto, o parágrafo único do mesmo art. 84 permite que o Presidente da República delegue aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República e ao Advogado-Geral da União as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, a saber:

a) dispor, mediante decreto, sobre: organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos (inciso VI);

b) conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei (inciso XII);

c) prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei (inciso XXV).

Em relação à matéria prevista no inciso XXV - prover e extinguir cargos públicos -, a autorização para delegação abrange somente a primeira parte, isto é, pode ser delegada às referidas autoridades somente a atribuição de **prover** cargos públicos. Entretanto, na hipótese de **extinção,** caso os cargos públicos estejam vagos, será permitida a delegação, com fundamento na alínea "b" do inciso VI do art. 84.

Como o parágrafo único do art. 84 da Constituição estatuiu expressamente aquelas matérias que podem ser delegadas pelo Presidente da República (incisos VI, XII e XXV, primeira parte), é forçoso concluir que as matérias constantes dos demais incisos são indelegáveis, sob pena de invalidade do ato.

As competências privativas do Presidente da República previstas no art. 84 da Constituição são, por força do federalismo, extensíveis, no que

couber, aos demais chefes do Poder Executivo, nas esferas estadual, distrital e municipal.

5.1. Poder regulamentar

O denominado Poder Regulamentar, em sentido estrito,[8] consubstancia-se na prerrogativa, que tem o chefe do Poder Executivo, para a edição de decretos e regulamentos, normas gerais e abstratas infralegais.

A doutrina costuma classificar esses atos em três distintas categorias: decreto ou regulamento de execução; decreto ou regulamento autônomo; e decreto ou regulamento autorizado.

Os **decretos ou regulamentos de execução** costumam ser definidos como regras jurídicas gerais, abstratas e impessoais, editadas em função de uma lei, concernentes à atuação da Administração, possibilitando a fiel execução da lei a que se referem. A Constituição de 1988 expressamente prevê a edição de regulamentos de execução em seu art. 84, IV. Segundo esse dispositivo, compete privativamente ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. E interessante notar que o parágrafo único desse art. 84 enumera as competências passíveis de delegação pelo Presidente da República, não incluindo entre elas a expedição dos decretos ou regulamentos de execução.

A edição de decretos de execução, embora decorra de competência constitucional expressa, tem como pressuposto a edição de uma lei, que é o ato primário a ser regulamentado. O decreto de execução deve restringir-se aos limites e ao conteúdo da lei, explicitando-o, detalhando seus dispositivos. As leis devem ser redigidas em termos gerais; o detalhamento necessário à sua aplicação é efetuado pelo Poder Executivo, o qual não pode restringir, nem ampliar, muito menos contrariar, as hipóteses nela previstas.

Celso Antônio Bandeira de Mello define regulamento como um "ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública".

Em um sentido amplo, que não será aqui estudado, o poder regulamentar confunde-se com o poder normativo da Administração Pública em geral, traduzido na possibilidade que outras autoridades e órgãos administrativos têm de expedir atos, também infralegais, de conteúdo geral e abstrato, como as portarias, instruções e resoluções ministeriais, as instruções normativas das secretarias integrantes dos Ministérios e até mesmo atos normativos expedidos pelas entidades integrantes da Administração Indireta, como as resoluções do Banco Central, da ANATEL etc.

Carlos Mário da Silva Velloso ensina que "só as leis administrativas comportam regulamentação". A Constituição, ao mencionar "fiel execução" das leis a serem regulamentadas, evidentemente refere-se a leis que devam ser executadas pela Administração. Seria vedada, pois, a regulamentação de leis que não envolvam qualquer participação da Administração no cumprimento de suas normas, como as leis processuais, civis, comerciais etc.

Já as leis administrativas, ou cuja execução caiba à Administração, podem ser regulamentadas mesmo que seu texto não preveja expressamente essa regulamentação. Mais do que isso, se o legislador incluísse em uma lei que devesse ser aplicada pelo Poder Executivo disposição expressa proibindo a sua regulamentação, essa proibição seria inconstitucional. É que a competência para editar regulamentos visando à fiel execução das leis decorre diretamente do texto constitucional (art. 84, IV), e não depende de autorização do legislador ordinário para ser exercida, nem pode este pretender afastá-la.

Os regulamentos executivos exercem função de uniformização de critérios de aplicação da lei e de procedimentos, assegurando a observância do princípio da igualdade (a atuação concreta da Administração será a mesma diante de casos equivalentes).

Os decretos de execução, uma vez que necessitam sempre de uma lei prévia a ser regulamentada, são atos normativos ditos secundários (o ato primário é a lei, pois deflui diretamente da Constituição); situam-se hierarquicamente abaixo da lei, a qual não podem contrariar, sob pena de serem declarados ilegais. A própria Constituição, em seu art. 49, inciso V, atribui competência ao Congresso Nacional para "sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar". Além disso, o Poder Judiciário, e a própria Administração, exercem o controle de legalidade dos atos administrativos em geral.

Diferentemente dos regulamentos de execução, ou decretos meramente regulamentares, que, em tese, não trazem disposições que não estivessem contidas ao menos implicitamente na lei, fala a doutrina em **regulamento autorizado** (ou delegado) para caracterizar os atos regulamentares do Poder Executivo que, em vez de só detalharem ou explicitarem conteúdos legais implícitos, complementam a lei, com base em expressa determinação, nela contida, para que assim seja feito. Tem-se o regulamento delegado ou autorizado quando a lei limita-se a traçar diretrizes gerais sobre determinado assunto, apenas uma moldura, com parâmetros amplos, devendo esse quadro ser preenchido pelo regulamento, cuja edição é autorizada pela própria lei. Note-se que não se trata de explicitação de comandos que já constassem na lei, mas sim de criação de regras nela não contidas nem implicitamente, seguindo o regulamento apenas as diretrizes amplas na lei traçadas.

O regulamento autorizado não se confunde com a lei delegada. Esta é ato normativo primário, literalmente uma **lei,** e sua válida edição deve respeitar os requisitos formais (autorização por meio de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício) e as restrições materiais previstas no art. 68, § l.°, da Constituição. Como afirmou o STF, o Poder Executivo não pode, fundando-se em mera permissão legislativa constante de lei comum, valer-se do regulamento delegado ou autorizado como sucedâneo da lei delegada para o efeito de disciplinar, normativamente, temas sujeitos à reserva constitucional de lei.

A doutrina tradicional não admite a constitucionalidade do regulamento delegado ou autorizado. Além do princípio da separação entre os poderes, esgrime-se, como forte argumento, o disposto no art. 25 do ADCT da Carta vigente, cuja redação, no que interessa a análise em foco, é esta: "Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, **especialmente no que tange a ação normativa"** (grifamos).

Embora a posição da doutrina tradicional seja pela impossibilidade do regulamento autorizado, e o STF entenda que é inconstitucional a delegação "em branco" (sem parâmetros legais mínimos, ou com diretrizes legais insuficientes por serem demasiado amplas ou vagas), pensamos que a tendência atual é a aceitação do regulamento autorizado, desde que sejam observadas, cumulativamente, as seguintes condições:

a) a autorização do legislador diga respeito a matérias que não estejam sujeitas a cláusula constitucional explícita de reserva legal;

b) a lei estabeleça claramente as condições, os limites e os contornos da matéria a ser regulamentada; e

c) trate-se de normas de índole técnica.

Esses regulamentos autorizados costumam ter, por isso, como destinatários, órgãos administrativos de natureza eminentemente técnica, como a Comissão de Valores Mobiliários, o Conselho Nacional de Trânsito, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e demais agências reguladoras etc.

Em síntese, é vedada a utilização do regulamento autorizado como substituto da atividade do legislador, ou mesmo da lei delegada, não podendo ele tratar de matérias constitucionalmente reservadas à lei. Entretanto, embora a Constituição em parte alguma se refira a regulamento autorizado, a doutrina e a jurisprudência têm admitido o regulamento autorizado para a fixação de normas técnicas, desde que a lei que o autoriza estabeleça as condições e

os limites da atuação do Poder Executivo, e determine precisamente os contornos da norma a ser elaborada, de modo que esta funcione apenas como complementação técnica necessária das disposições legais.

Falaremos sobre os decretos autônomos no tópico seguinte.

5.2. Decretos autônomos

Consoante o magistério de Carlos Mário da Silva Velloso, alguns sistemas constitucionais conferem ao Poder Executivo a prerrogativa de editar regulamentos como atos primários, diretamente derivados da Constituição. Esses atos seriam classificados como regulamentos independentes ou autônomos e se dividiriam em (a) externos, que contêm normas dirigidas aos cidadãos de modo geral; e (b) internos, que dizem respeito à organização, competência e funcionamento da Administração Pública.

Hely Lopes Meirelles alude a uma outra espécie de decreto autônomo, que seria o ato editado pelo Poder Executivo, decorrente de uma lei, mas estabelecendo dispositivos para regular situações nela não disciplinadas. Segundo o autor, "na omissão da lei, o regulamento supre a lacuna, até que o legislador complete os claros da legislação. Enquanto não o fizer, vige o regulamento, desde que não invada matéria reservada à lei". Seriam provimentos administrativos *praeter legem.*

Desde a promulgação da Constituição de 1988 até a promulgação da EC 32/2001 considerávamos inteiramente banido o decreto autônomo de nosso ordenamento. O texto constitucional somente aludia à expedição de decretos e regulamentos no seu art. 84, IV, explicitando que tais atos se prestam a assegurar a fiel execução da lei. Portanto, o constituinte originário só parece ter albergado a figura do regulamento de execução. Todavia, a partir da EC 32/2001, passou a existir autorização expressa na Constituição (art. 84, VI) para que o Presidente da República disponha sobre organização e funcionamento da Administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e proceda à extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos, **diretamente mediante decreto.**

Portanto, hoje, a Constituição expressamente prevê a edição de decretos como **atos primários,** diretamente hauridos de seu texto, independentemente de lei, consubstanciando a denominada "reserva de Administração" (matérias que somente podem ser reguladas por ato administrativo). Essa espécie de decreto autônomo é aquela que Velloso classifica como regulamentos independentes **internos,** e passou a fazer parte de nosso sistema constitucional, repita-se, a partir da EC 32/2001. Os decretos previstos nessa Emenda (art. 84, VI, da Constituição) são atos de efeitos internos, dispondo sobre a **organização e**

o funcionamento da Administração e a **extinção de cargos vagos,** embora, indiretamente, tenham reflexos para os administrados em geral. É interessante registrar que, nos termos do parágrafo único do art. 84, essa competência para edição de decretos autônomos sobre as matérias previstas no inciso VI do mesmo artigo **pode ser delegada** a outras autoridades administrativas, como os Ministros de Estado.

Desejamos enfatizar dois pontos que entendemos serem sobremodo relevantes.

Primeiro, **não** foi instaurada em nosso ordenamento uma autorização ampla e genérica para a edição de regulamentos autônomos. A situação é bastante diversa: criaram-se duas restritas hipóteses de edição de decretos autônomos pelo Presidente da República (delegáveis aos Ministros de Estado), quais sejam, para dispor sobre organização e funcionamento da Administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e para extinguir cargos ou funções públicas, quando vagos.

Segundo, essas matérias passam a estar submetidas à competência normativa **privativa** do Poder Executivo, ou seja, encontram-se sob a denominada "reserva de Administração". Com efeito, a EC n.° 32/2001, modificou de adrede os incisos X e XI do art. 48 da Constituição, artigo que trata de competências do Congresso Nacional condicionadas à sanção do Presidente da República (portanto, matérias reservadas à lei). Após a EC n.° 32/2001, não mais constam desses dispositivos aquelas matérias que foram incluídas na competência normativa privativa do Poder Executivo, descritas no art. 84, VI, da Constituição, o que nos permite concluir que restou afastada a possibilidade de o Poder Legislativo disciplinar essas matérias.

6. VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA

O cargo de Vice-Presidente foi criado para substituição do Presidente, nos seus afastamentos temporários, ou sucessão, na hipótese de vacância definitiva.

São atribuições do Vice-Presidente a substituição e a sucessão do Presidente da República, nos casos de impedimentos temporários e vacância, respectivamente (arts. 79 e 80), a participação nos Conselhos da República (art. 89, I) e de Defesa Nacional (art. 91, I).

A Constituição estabelece, ainda, que outras atribuições poderão ser conferidas por lei complementar ao Vice-Presidente e que caberá a ele auxiliar o Presidente da República, sempre que convocado para missões especiais (CF, art. 79, parágrafo único).

7. MINISTROS DE ESTADO

Os Ministros de Estado são meros auxiliares do Presidente da República, por ele escolhidos livremente e demissíveis (exoneráveis) *ad nutum*, isto é, sem necessidade de qualquer motivação.

Os Ministros de Estado serão livremente escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros, natos ou naturalizados (exceto o Ministro da Defesa, que é cargo privativo de brasileiro nato, por força do art. 12, § 3.°, inciso VII, da Constituição), maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

As atribuições dos Ministros de Estado estão apontadas, em uma enumeração exemplificativa, no art. 87, parágrafo único, da Constituição, nos termos seguintes:

> Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:
>
> I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;
>
> II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;
>
> III - apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério;
>
> IV - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.

Merece comentários a atribuição estabelecida na parte final do primeiro inciso sobretranscrito, segundo a qual compete aos Ministros de Estado "referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República".

A "referenda" consiste em uma subscrição, uma simples assinatura do Ministro em cuja pasta estejam as matérias versadas no ato a ser referendado. Se se tratar de um ato que disponha acerca de matérias pertinentes a mais de um Ministério, deverá haver mais de uma "referenda", isto é, assinatura de mais de um Ministro, tantas quantos forem os Ministérios envolvidos.

A "referenda" ministerial é originária da época e dos países em que vigorou a irresponsabilidade do monarca, típica do Absolutismo. Sua finalidade, então, era possibilitar que alguém pudesse responder pelos atos do chefe de Estado, uma vez que ele próprio, o monarca, não podia ser responsabilizado. Em razão dessa origem, o instituto da "referenda" ministerial é amplamente difundido, até hoje, nos mais diversos ordenamentos constitucionais dos países do Ocidente.

Existe controvérsia doutrinária sobre as conseqüências da eventual ausência da "referenda" ministerial em um ato do Presidente da República. É certo que a Constituição de 1988 não atribui, de forma expressa, absolutamente nenhuma sanção à falta da "referenda". A rigor, se analisarmos, por exemplo, as disposições constitucionais acerca dos decretos regulamentares, constataremos que, no art. 84, inciso IV, está disposto que **compete privativamente** ao Presidente da República "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução". Não há qualquer alusão à necessidade de alguma ratificação, por parte de quem quer que seja. Compare-se essa regra com a constante, por exemplo, do inciso VIII do mesmo artigo, segundo o qual compete privativamente ao Presidente da República "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, **sujeitos a referendo** do Congresso Nacional".

A atribuição de competência para os Ministros de Estado referendarem atos do Presidente da República constou de todas as nossas Constituições, desde a Constituição do Império. A redação do dispositivo correspondente, entretanto, em alguns casos, foi substancialmente diversa.

Assim, na Constituição de 1824, constava que "os Ministros de Estado referendarão, ou assignarão todos os Actos do Poder Executivo, **sem o que não poderão ter execução"** (art. 132), explicitando a imprescindibilidade da "referenda", como pressuposto de eficácia do ato presidencial. Diferentemente, na Constituição de 1891 não há conseqüência expressamente prevista para a falta de "referenda", afirmando o seu art. 49, tão-somente, que "o Presidente da República é auxiliado pelos Ministros de Estado, agentes de sua confiança **que lhe subscrevem os atos,** e cada um deles presidirá a um dos Ministérios em que se dividir a Administração federal". Na Constituição de 1934, no art. 60, constava competir aos Ministros **"subscrever os atos do Presidente da República"** e, no § 2.° do art. 61, estava asserido que "os Ministros são responsáveis pelos atos que subscreverem, ainda, que conjuntamente com o Presidente da República, ou praticarem por ordem deste". Na Carta de 1937, no art. 76, estava escrito que "os atos oficiais do Presidente da República **serão referendados pelos seus Ministros,** salvo os expedidos no uso de suas prerrogativas, os quais não exigem referenda", ou seja, nesta Constituição, assim como na de 1824, ficava claro, embora, aqui, indiretamente, que a referenda era uma exigência, não uma simples faculdade.

As Constituições seguintes trouxeram disposições iguais ou substancialmente semelhantes às constantes da Constituição de 1988, ou seja, nada dispõem sobre a obrigatoriedade da "referenda" e menos ainda sobre as conseqüências de sua ausência para o ato que devesse contê-la.

A doutrina majoritariamente propugna a imprescindibilidade da "referenda" ministerial para que os atos do Presidente da República possam ter

eficácia, ou mesmo validade. Pontes de Miranda vai além e afirma que "o ato não subscrito é ato incompleto: não entra no mundo jurídico" *(Comentários à Constituição de 1967).*

Dentre os autores que entendem que a ausência de "referenda" torna o ato inválido ou ineficaz, citamos Celso Ribeiro Bastos, André Ramos Tavares[9] e Alexandre de Moraes.[10]

Um dos autores que, com maior profundidade, tratou da "referenda" ministerial foi o eminente tributarista Roque Antônio Carraza. O autor, após citar que o entendimento doutrinário predomina pela imprescindibilidade da "referenda", alinha-se com ele, asseverando que "a *referenda* é uma exigência constitucional, e, sem ela, o regulamento não entra em vigor, por lhe faltar um dos elementos essenciais". Ensina, ainda, o autor que a referenda é divisível, e que

> A divisibilidade da referenda faz com que esta seja sempre parcial. A referenda de cada Ministro (ou Secretário) alcança apenas a parte do regulamento incluída no leque de suas atribuições. (...)
>
> Enfim, a referenda é divisível, parcial, especializada, privativa e improrrogável.
>
> Ressaltamos que, sendo improrrogável a referenda, se o regulamento cuida de assuntos do interesse de várias Pastas, ele não entrará em vigor nas partes respeitantes àquelas cujos titulares se omitiram.

Posicionando-se pela desnecessidade da "referenda", temos a relevante opinião de José Afonso da Silva, para quem "o referendo ministerial, que é de pouca significação no presidencialismo (...), não interfere na validade do ato (...). Se ele não assinar, nem por isso o ato deixa de valer e ter eficácia".

Na jurisprudência do STF, há muito poucas manifestações a respeito da imprescindibilidade, ou não, da "referenda". No MS n.° 22.706-1, em decisão monocrática, em sede de liminar, o Ministro Celso de Mello decidiu que a referenda ministerial "não se qualifica como requisito indispensável de validade dos decretos presidenciais".

[9] "De qualquer sorte, não se pode realizar uma leitura apática da Constituição, que está expressamente a determinar que os Ministros referendem os atos e decretos assinados pelo Presidente da República. Não se trata, pois, de opção, mas de requisito que, descumprido, há de gerar a inconstitucionalidade (...)."

[10] "Em relação à atribuição de referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República, necessário salientar que deriva da própria vontade do legislador constituinte e não de mera liberalidade presidencial, pelo que serão nulos os atos e decretos assinados somente pelo Presidente da República, sem o *referendum* do Ministro da respectiva pasta."

Em que pese a posição doutrinária dominante, nosso entendimento é que a referenda **não** é imprescindível à validade, nem à eficácia do ato. Trata-se de assunto pertinente ao relacionamento entre o Presidente e seus Ministros. Além disso, não temos dúvida de que a "referenda" é instrumento que possibilita a responsabilização solidária do Ministro pelas eventuais conseqüências do ato referendado. Entretanto, extrapolar essa conseqüência - responsabilização do Ministro pelo ato - para entender que o ato não referendado é inválido ou ineficaz é demasiado, segundo pensamos. Os autores que defendem essa posição terminam por considerar que os atos do Presidente da República, ou são atos compostos, ou são atos complexos. As "competências privativas" do Presidente da República, sob essa ótica, não seriam competências completas, mas parciais, somente se aperfeiçoando com a manifestação de um agente público hierarquicamente inferior a ele! Note-se que, no Direito Administrativo, todos os atos complexos ou compostos exigem participação de um órgão ou autoridade de mesmo nível hierárquico (como nos atos complexos) ou de nível superior (como nos atos compostos, em que a ratificação ou homologação sói competir a um órgão ou autoridade superior à que prolatou o ato a ser homologado).

A prevalecer a posição doutrinária majoritária, teríamos uma situação peculiar, em que os Ministros de Estado poderiam praticar atos de sua própria competência sem necessidade de qualquer "referenda", e tais atos seriam válidos e eficazes, ao passo que o Presidente da República só poderia praticar atos válidos e eficazes, ainda que de sua competência privativa, se obtivesse a "referenda" ministerial.

Para reforçar, cabe observar que a competência privativa do Presidente da República para expedir regulamentos de execução (art. 84, inciso IV) nem mesmo é passível de delegação, pois o inciso respectivo não consta do parágrafo único do art. 84.

Ainda, como se verá a seguir, a criação de Ministérios depende de lei. Assim, imagine-se que, por qualquer motivo que se queira, o Poder Legislativo entenda que não convém criar um determinado Ministério que o Presidente da República tenha proposto. Suponha-se, por exemplo (embora se trate de exemplo exagerado), que o Congresso Nacional tenha se recusado a criar um Ministério do Meio Ambiente. Nesse caso, o Presidente da República ficaria absolutamente impedido de regulamentar leis sobre o meio ambiente? Ou tais regulamentos seriam referendados pelo Ministro da Justiça, numa espécie de função de "curinga"? Poder-se-ia responder que, se não houver Ministério com atribuições correspondentes a determinada matéria, os atos a ela relativos ficariam dispensados de "referenda". Mas, se assim fosse, pelo menos em tese, quanto menos Ministérios o Presidente propusesse fossem criados maior seria o seu poder!

Em suma, sem embargo do peso da posição doutrinária dominante, e do quilate dos autores que a perfilham, ficamos com o Ministro Celso de Mello, do STF, e com José Afonso da Silva. Pensamos que a "referenda" tem a função de trazer responsabilidade solidária ao Ministro pelos atos referendados, mas sua ausência não interfere na validade ou eficácia do ato.

Por fim, impende anotar, conforme acima mencionado de passagem, que é competência do Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública federal (CF, art. 48, XI, e art. 88).

Entretanto, cabe privativamente ao Presidente da República, mediante decreto, dispor sobre a organização e o funcionamento da administração pública federal, quando não implicar aumento de despesas nem criação ou extinção de órgãos públicos (CF, art. 84, VI, "a").

Por força desses dispositivos constitucionais, temos que a criação ou extinção de Ministérios é matéria reservada à lei, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República. Entretanto, o Presidente da República dispõe de competência para, mediante decreto, definir a estrutura e as atribuições dos Ministérios, desde que suas regras sobre a organização e funcionamento deles não acarretem aumento de despesas nem impliquem criação ou extinção de órgãos públicos, pois, se assim fosse, a matéria dependeria de lei, por determinação do art. 88 da Constituição.

8. ÓRGÃOS CONSULTIVOS

O Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional são órgãos de consulta do Presidente da República, com a função de deliberarem sobre as matérias especificadas na Constituição. Suas manifestações são, sempre, de caráter meramente opinativo, vale dizer, não obrigam o Presidente da República.

0 Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam:

I - o Vice-Presidente da República;
II o Presidente da Câmara dos Deputados;
III - o Presidente do Senado Federal;
IV - os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados;
V - os líderes da maioria e da minoria no Senado Federal;
VI - o Ministro da Justiça;

VII - seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.

Compete ao Conselho da República pronunciar-se sobre intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio e sobre as questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas (CF, art. 90).

O Presidente da República poderá convocar Ministro de Estado para participar da reunião do Conselho, quando constar da pauta questão relacionada com o respectivo Ministério.

A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República.

0 Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos:

1 - o Vice-Presidente da República;
II - o Presidente da Câmara dos Deputados;
III - o Presidente do Senado Federal;
IV - o Ministro da Justiça;
V - o Ministro de Estado da Defesa;
VI - o Ministro das Relações Exteriores;
VII - o Ministro do Planejamento;
VIII - os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

As competências do Conselho de Defesa Nacional estão enumeradas no § 1.° do art. 91 da Constituição, nos termos seguintes:

> § 1.° Compete ao Conselho de Defesa Nacional:
> I - opinar nas hipóteses de declaração de guerra e de celebração da paz, nos termos desta Constituição;
> II - opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal;
> III - propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo;
> IV - estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do Estado democrático.

A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional.

9. RESPONSABILIZAÇÃO

Sabe-se que uma das características marcantes da forma republicana de governo é a possibilidade de responsabilização daqueles que gerem a coisa pública, quer dizer, os governantes têm o dever de prestar contas sobre sua gestão frente aos administrados.

Assim, como corolário do princípio republicano, a Constituição Federal prevê a possibilidade de responsabilização do Presidente da República, tanto por infrações político-administrativas, quanto por infrações penais comuns.

9.1. Crimes de responsabilidade

Os crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas, definidas em lei especial federal, que poderão ser cometidas no desempenho da função pública e que poderão resultar no impedimento para o exercício da função pública *{impeachment).*

O art. 85 da Constituição Federal aponta as condutas do Presidente da República que caracterizarão crime de responsabilidade, nos termos seguintes:

> Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:
>
> I - a existência da União;
>
> II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
>
> III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
>
> IV - a segurança interna do País;
>
> V - a probidade na administração;
>
> VI - a lei orçamentária;
>
> VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Como se vê, não se trata de lista exaustiva, mas, sim, meramente exemplificativa. Na realidade, a Constituição Federal aponta, apenas genericamente, aquelas condutas que poderão configurar a prática de crimes de responsabilidade pelo Presidente da República, deixando à lei especial a competência para defini-los e estabelecer as respectivas normas de processo e julgamento

(art. 85, parágrafo único). Essa lei especial deverá ser, necessariamente, **lei federal."** Deveras, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que somente a União dispõe de competência para definição formal dos crimes de responsabilidade, pois estes se inserem, segundo o Tribunal, na competência privativa da União para legislar sobre direito penal (CF, art. 22, I).[12]

A competência para processar e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade é do Senado Federal (art. 52, I), após autorização da Câmara dos Deputados, por dois terços dos seus membros (art. 51, I).

Determina a Constituição que, durante o processo de julgamento dos crimes de responsabilidade pelo Senado Federal, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal (art. 52, parágrafo único). Na realidade, o Senado Federal não estará atuando como órgão legislativo, mas sim como órgão judicial híbrido, porque composto de senadores da República, mas presidido por membro do Poder Judiciário.

Qualquer **cidadão** é parte legítima para oferecer a acusação contra o Presidente da República à Câmara dos Deputados, pela prática de crime de responsabilidade. As pessoas jurídicas, públicas ou privadas, os órgãos públicos, os inalistados, os inalistáveis e todos aqueles que não estiverem no gozo dos seus direitos políticos não poderão fazê-lo, uma vez que essa prerrogativa é privativa do cidadão, na qualidade de titular do direito de participar dos negócios políticos do Estado. Na prática, qualquer autoridade pública ou agente político poderá fazê-lo, desde que na condição de cidadão.

Como se vê, o processo de *impeachment* tem início na Câmara dos Deputados, a partir da apresentação da denúncia por qualquer cidadão, pois cabe privativamente a essa Casa autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração do processo contra o Presidente da República.

O exame realizado pela Câmara dos Deputados, sobre a procedência ou improcedência da acusação, é de natureza política, com forte conteúdo de discricionariedade. Caberá à Câmara dos Deputados, no procedimento de admissibilidade da denúncia, proferir um juízo político, em que verificará se a acusação é consistente, se tem ela base em alegações e fundamentos plausíveis, ou se a notícia do fato reprovável tem razoável procedência, não sendo a acusação simplesmente fruto de quizílias ou desavenças políticas.

Na realidade, a Câmara dos Deputados não examinará propriamente se houve cometimento de crime de responsabilidade, mas sim a conveniência político-social da permanência do Presidente da República na condução dos

[11] A Lei n.° 1.079/1950, recepcionada pela vigente Constituição, regula os crimes de responsabilidade do Presidente da República e de outras autoridades.

[12] STF, Súmula 722: "São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento."

negócios do Estado. "Não é o imperativo da lei que decide. Mas a conveniência aos interesses da nação, a oportunidade da deposição, ainda que merecida. Entre o mal da permanência no cargo de quem tanto mal causou e poderá repeti-lo, além do exemplo da impunidade, e o mal da deposição numa atmosfera social e política carregada de ódios, ainda que culpado o Presidente, a Câmara dos Deputados poderá isentá-lo do julgamento, dando por improcedente a acusação" (Sampaio Dória, citado por Alexandre de Moraes).

A acusação **oferecida** à Câmara dos Deputados coloca o Presidente da República na condição de acusado, razão pela qual lhe deverá ser assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório,[13] sob pena de nulidade do procedimento. O Presidente da República, poderá, então, durante a tramitação da denúncia perante a Câmara dos Deputados, produzir as provas que entender necessárias, por meio de testemunhas, documentos e perícias.

Admitida a acusação pela Câmara dos Deputados, o processo será encaminhado ao Senado Federal, para julgamento. A admissão da acusação pela Câmara dos Deputados vincula o Senado Federal, obrigando-o a dar início ao procedimento para a apuração do crime de responsabilidade, não sendo permitida ao Senado qualquer discricionariedade quanto à instauração, ou não, do processo de *impeachment.* Não cabe ao Senado Federal emitir um novo juízo de admissibilidade. Se a Câmara dos Deputados decidir pela admissão da denúncia, o Senado Federal estará obrigado a proceder ao julgamento concernente ao crime de responsabilidade objeto de acusação, devendo assegurar ao processado, evidentemente, integral direito ao contraditório e à ampla defesa.

Da mesma forma que ocorre a respeito da deliberação da Câmara dos Deputados sobre a admissibilidade da acusação, a doutrina dominante entende que o julgamento do Senado Federal tem natureza eminentemente política, vale dizer, o Senado Federal apreciará não só a caracterização da conduta do Presidente da República, mas, sobretudo, a conveniência política do seu afastamento do cargo para o País. Não se trata simplesmente de aferir a prática, ou não, do crime de responsabilidade, mas sim, e especialmente, de examinar a sua gravidade para a continuidade do exercício das chefias de Estado, de Governo e de Administração.

No momento em que é instaurado o processo de julgamento pelo Senado Federal, o Presidente da República ficará suspenso de suas funções, somente retornando ao exercício da Presidência se for absolvido ou se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, hipótese em que retornará ao exercício das suas funções, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo (CF, art. 86, § 1.º). Enfim, se expirado o prazo

[13] MS 21.564/DF, rei. Min. Octávio Gallotti, 23.09.1992.

de cento e oitenta dias sem a conclusão do julgamento, o processo prosseguirá normalmente, mas o Presidente reassumirá a Presidência da República.

A condenação do Presidente da República pela prática de crime de responsabilidade, que somente será proferida pelos votos de dois terços dos membros do Senado Federal, em votação nominal aberta, acarretará a perda do cargo, com a inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis (CF, art. 52, parágrafo único).

Destacamos que a imposição das sanções pela prática do crime de responsabilidade - perda do cargo e inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública - não exclui a aplicação das demais sanções judiciais cabíveis. Desse modo, se o Presidente da República praticou atos que se enquadram como ilícitos penais, esses deverão ser apurados pelos órgãos competentes do Poder Judiciário, em ações próprias.

Cabe ressaltar que a inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública alcança todas as funções de natureza pública, sejam as resultantes de concurso público, sejam as de nomeação em confiança, sejam os mandatos eletivos. Na prática, portanto, a condenação no *impeachment* impõe ao Presidente da República uma absoluta ausência do cenário público do País, haja vista que ele não poderá, nos oito anos seguintes, ocupar nenhum cargo político eletivo, tampouco exercer qualquer outra função pública, de provimento efetivo ou em comissão.

A sentença será formalizada por meio da expedição de uma Resolução do Senado Federal.[14]

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a renúncia ao cargo, apresentada na sessão de julgamento, quando já iniciado este, não paralisa o processo de *impeachment.*^

Essa questão foi suscitada no julgamento do então Presidente da República Fernando Collor de Melo, em que este renunciou ao cargo no início do julgamento, com o objetivo de extinguir o processo de *impeachment* e, com isso, impedir a imposição da sanção de inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública. A argumentação era de que, com a prévia renúncia, extinguir-se-ia o processo de *impeachment,* o que impediria o Senado Federal de impor a pena de inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública.

Essa argumentação, porém, não foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal, que deixou assente que, no atual regramento de responsabilização do

[14] Art. 35 da Lei n.° 1.079/1950.

[15] MS 21.689-1, rei. Min. Carlos Velloso, 16.12.1993.

Presidente da República pela prática de crime de responsabilidade (Lei n.° 1.079, de 1950), conquanto a pena de perda do cargo não possa ser aplicada isoladamente, vale dizer, embora a pena de perda do cargo obrigatoriamente implique a inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, a pena de inabilitação não assume caráter de acessoriedade. Assim, mesmo tendo havido a renúncia - e, portanto, não cabendo mais falar em "perda do cargo" -, deve o processo prosseguir e, se condenatória a decisão, haverá a imposição, isoladamente, da pena de inabilitação.

Nessa mesma ação, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que, apresentada a denúncia enquanto o Presidente da República estiver no exercício do cargo, prosseguirá o julgamento, mesmo após o término do mandato. Com isso, havendo a denúncia durante o exercício do mandato, ulterior renúncia não prejudicará o prosseguimento do julgamento, com vistas a decidir pela imposição, ou não, da inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública.

Ainda na mesma ação, o Supremo Tribunal Federal deixou assente que o Poder Judiciário não dispõe de competência para alterar a decisão proferida pelo Senado Federal no processo de *impeachment.*

Segundo o Tribunal, a Constituição reservou ao Senado Federal toda a jurisdição a respeito da matéria, excluindo, por conseguinte, a interferência do Poder Judiciário. Assim, quando o Senado Federal julga o Presidente da República, não procede como órgão legislativo, mas sim como órgão judicial, exercendo jurisdição recebida diretamente da Constituição, razão pela qual "não pode o Poder Judiciário reformar a decisão do Senado, por se tratar de matéria da sua exclusiva competência e no exercício de sua original e conclusiva jurisdição" (Carlos Velloso).

É importante ressaltar que a decisão do Senado Federal é absolutamente definitiva e não sujeita a controle por nenhum órgão do Poder Judiciário no que diz respeito ao **mérito.** Diferentemente, durante o processo de *impeachment*, se o processado entender que um direito seu está sendo lesado ou sofrendo ameaça de lesão, tem direito a provocar a tutela do Poder Judiciário, com fulcro no inafastável inciso XXXV do art. 5.° da Constituição. Assim, por exemplo, se não lhe fosse assegurado o efetivo exercício da ampla defesa, poderia a autoridade processada ajuizar mandado de segurança (ou qualquer outra ação judicial que fosse cabível) contra o cerceamento do seu direito de defesa e, se o Judiciário entendesse que tal cerceamento realmente ocorrera, poderia, conforme o caso, proferir sentença decretando a anulação do ato ilegal ou determinando que fosse suprida a omissão ilegítima.

9.2. CRIMES COMUNS

O Presidente da República dispõe de prerrogativas e imunidades em relação ao processo que vise à sua incriminação pela prática de crime comum. Essas garantias constitucionais, conforme já analisado, não são um privilégio pessoal; elas têm por objetivo preservar a independência do Poder Executivo frente aos outros Poderes da República, permitindo o livre exercício das funções presidenciais, no exercício das chefias de Estado, de Governo e de Administração.

9.2.1. Imunidades

O Presidente da República **não** dispõe de inviolabilidade material, prerrogativa que só foi assegurada aos membros do Poder Legislativo. Assim, o Presidente da República não é inviolável por suas palavras e opiniões, ainda que no estrito exercício de suas funções presidenciais.

Entretanto, a Constituição outorgou ao Presidente da República três importantes imunidades processuais, examinadas nos parágrafos seguintes.

A primeira imunidade em relação ao processo diz respeito à necessidade de autorização prévia da Câmara dos Deputados, por dois terços dos seus membros (art. 86). Significa que o Presidente da República só poderá ser processado e julgado, por crime comum ou de responsabilidade, após a autorização da Câmara dos Deputados, por maioria qualificada de dois terços dos votos.

Essa imunidade processual - exigência de autorização da Câmara dos Deputados para processar e julgar o Presidente da República - não impede, porém, a instauração, independentemente de autorização daquela Casa Legislativa, de inquéritos promovidos pela polícia judiciária, desde que essas medidas pré-processuais de persecução penal sejam adotadas no âmbito de procedimento investigatório em curso perante o Supremo Tribunal Federal, único órgão judiciário competente para ordenar, no que se refere à apuração de supostos crimes comuns atribuídos ao Presidente da República, toda e qualquer providência necessária à obtenção de dados probatórios essenciais à demonstração de alegada prática delituosa, inclusive a decretação da quebra de sigilo bancário.[16]

A segunda imunidade em relação ao processo obsta que o Presidente da República seja preso, nas infrações comuns, enquanto não sobrevier sentença condenatória (art. 86, § 3.°). Essa imunidade impede que o Presidente da

[16] Rcl 511/PB, rei. Min. Celso de Mello, 09.02.1995.

República seja vítima de prisão em flagrante ou de qualquer outra espécie de prisão cautelar (preventiva, provisória etc), seja o crime afiançável ou inafiançável. Enfim, para que o Presidente da República seja recolhido à prisão, é indispensável a existência de uma sentença condenatória, proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A terceira imunidade processual outorga ao Presidente da República uma relativa e temporária irresponsabilidade, na vigência do mandato, pela prática de atos estranhos ao exercício de suas funções (art. 86, § 4.°). Significa que, na vigência do seu mandato, o Presidente da República não responderá pela prática de atos estranhos ao exercício de suas funções presidenciais, quer dizer, por atos que não guardem conexão com o exercício da Presidência da República.

Por força dessa última imunidade do Presidente da República, que estabelece a sua irresponsabilidade temporária quanto aos atos estranhos ao exercício do mandato, o chefe do Executivo só poderá ser responsabilizado, na vigência do seu mandato, pela prática de atos que guardem conexão com o exercício da atividade presidencial, hipótese em que será processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Se o crime praticado não guardar conexão com o exercício das funções presidenciais, o Presidente da República só poderá ser por ele responsabilizado após o término do seu mandato, perante a Justiça Comum.

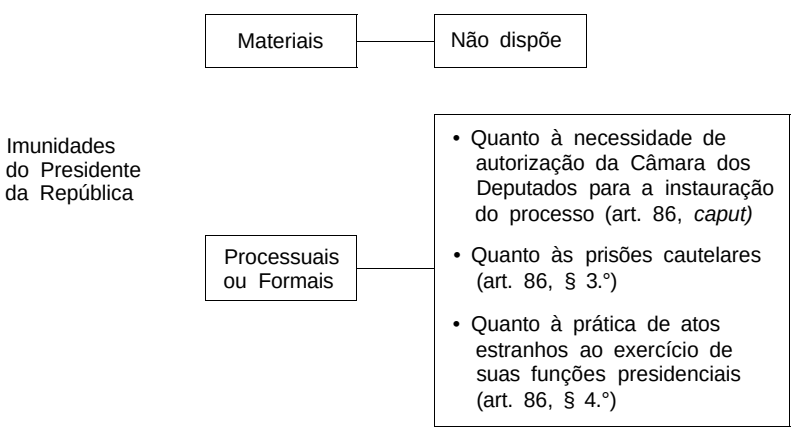
Entenda-se. O Presidente da República poderá praticar crimes de responsabilidade ou crimes comuns. Na primeira hipótese, será processado e julgado perante o Senado Federal, após a autorização da Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros. Mas, se o Presidente da República praticar um crime comum, há que se examinar se há pertinência entre o ilícito e o exercício da Presidência. Se o delito comum foi praticado no exercício da Presidência *(in officio)* ou em razão dele *(propter ojficium),* o Presidente poderá ser incriminado na vigência do mandato, perante o Supremo Tribunal Federal, desde que haja prévia autorização da Câmara dos Deputados, por dois terços dos seus membros. Porém, se o delito comum é estranho ao exercício das atividades presidenciais, o Presidente da República não responderá por ele na vigência do mandato, mas somente após o término deste, perante a Justiça Comum.

Exemplificando: matar alguém é um crime comum, tipificado no art. 121 do Código Penal. Pois bem, o Presidente da República poderá, na qualidade de cidadão comum, matar alguém. Mas, poderá também matar alguém na qualidade de Presidente da República. Se o Presidente da República, durante o descanso de um feriado, envolve-se numa discussão e, ao revidar um disparo, atinge um transeunte, matando-o, esse crime comum é estranho ao exercício da atividade presidencial, porque

na sua prática o Presidente da República não estava atuando como tal, mas sim como cidadão comum. Mas, se após uma discussão no âmbito do Palácio do Planalto, acerca da regulação constitucional das medidas provisórias, o Presidente da República, em ato de desatino, mata um líder da oposição, esse crime comum terá sido praticado na condição de Presidente da República. Na primeira situação, o Presidente da República não responderá pelo crime na vigência do mandato, mas somente após o término deste, perante a Justiça Comum. No segundo caso, o Presidente poderá ser responsabilizado na vigência do mandato, perante o Supremo Tribunal Federal, desde que haja autorização prévia da Câmara dos Deputados, por dois terços dos seus membros.

Essa imunidade, prevista no § 4.° do art. 86 da Constituição, refere-se exclusivamente às infrações de natureza penal, não impedindo a apuração, na vigência do seu mandato, da responsabilidade civil, administrativa, fiscal ou tributária do Presidente da República.[17]

Cabe esclarecer que, no caso da prática de crime comum estranho ao exercício das funções presidenciais, em razão da irresponsabilidade temporária do Presidente da República, que impede a persecução criminal durante o exercício da Presidência, ocorre a suspensão do prazo prescricional, enquanto perdurar o mandato.


Imunidades do Presidente da República
Materiais
Não dispõe
Processuais ou Formais
• Quanto à necessidade de autorização da Câmara dos Deputados para a instauração do processo (art. 86, *caput)*
• Quanto às prisões cautelares (art. 86, § 3.°)
• Quanto à prática de atos estranhos ao exercício de suas funções presidenciais (art. 86, § 4.°)

9.2.2. Prerrogativa de foro

O Presidente da República dispõe de prerrogativa de foro. Com efeito, deferida a autorização da Câmara dos Deputados, por dois terços dos seus mem-

[17] Inq. 672/DF, rei. Min. Celso de Mello, 16.09.1992.

bros, será ele julgado, nos crimes de responsabilidade, pelo Senado Federal e, nas infrações comuns, pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 86).[18]

Ao contrário do que ocorre nos crimes de responsabilidade, julgados pelo Senado Federal, nos crimes comuns a decisão da Câmara dos Deputados admitindo a denúncia ou a queixa-crime não vincula o Supremo Tribunal Federal. Em respeito ao postulado da separação dos poderes, mesmo com a autorização da Câmara dos Deputados, por dois terços dos seus membros, poderá o Supremo Tribunal Federal rejeitar a denúncia ou a queixa-crime, por entender, juridicamente, que não há elementos para o seu recebimento e conseqüente instauração do processo criminal.

Após a autorização da Câmara dos Deputados, se o Supremo Tribunal Federal receber a denúncia ou queixa-crime, o Presidente da República ficará suspenso de suas funções pelo prazo máximo de cento e oitenta dias, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo (art. 86, § 1.°).

A competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, originariamente, o Presidente da República alcança todas as modalidades de infrações penais, estendendo-se aos crimes eleitorais, aos crimes dolosos contra a vida e até mesmo às contravenções penais.[19]

Acontece, porém, que a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar o Presidente da República só alcança os crimes comuns por ele cometidos na vigência do mandato e, ainda assim, desde que sejam ilícitos relacionados com o exercício do mandato *(in officio* ou *propter officium).*

Isso porque, em relação às infrações comuns praticadas em momento anterior ao da investidura no cargo de Presidente da República, ou praticadas durante o exercício do mandato presidencial, mas estranhas a este, aplica-se a imunidade processual prevista no § 4.° do art. 86 da Constituição, que impede a responsabilização penal do Presidente da República, na vigência do mandato, por crimes estranhos ao exercício de suas funções.

Com efeito, se a infração comum foi praticada antes do exercício do mandato, ou durante o exercício deste, mas é estranha ao desempenho das atividades presidenciais, o Presidente da República não será processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal, pois, nesse caso, incide a imunidade processual do § 4.° do art. 86 da Constituição, que impede a responsabilização do Presidente da República, na vigência do mandato, por atos estranhos ao exercício de suas funções. Nessa situação, insista-se, só haverá persecução penal depois do término do mandato, perante a Justiça Comum competente.

[18] O procedimento para incriminação do Presidente da República por crime comum está disciplinado na Lei n.° 8.038/1990 e nos arts. 230 a 246 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

[19] Recl 511/PB, rei. Min. Celso de Mello, 09.02.1995.

A prerrogativa de foro só diz respeito a ações de natureza penal, não alcançando o julgamento de ações de natureza civil eventualmente ajuizadas contra o Presidente da República, tais como ações populares, ações civis públicas, ações possessórias etc.

Ademais, conforme já estudado, a prerrogativa de foro só permanece durante o exercício do mandato, não subsistindo após a expiração deste. Encerrado o exercício do mandato, qualquer que seja o motivo, os processos criminais em trâmite no Supremo Tribunal Federal serão remetidos à Justiça Comum competente, para o regular prosseguimento.

Por fim, caso o Presidente da República seja condenado pelo Supremo Tribunal Federal pela prática de crime comum, a decisão condenatória com trânsito em julgado acarretará a suspensão dos seus direitos políticos e, em conseqüência, a cessação imediata de seu mandato. Nesse caso, a perda do mandato é conseqüência da própria condenação, não dependendo de nenhum outro ato formal, seja do Supremo Tribunal Federal, seja das Casas do Congresso Nacional.

Em síntese, temos o seguinte. Recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal, o Presidente da República ficará afastado de suas funções, por até cento e oitenta dias, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo. Se condenado, sujeitar-se-á à prisão, hipótese em que serão suspensos os seus direitos políticos e, em conseqüência, por força do inciso III do art. 15 da Constituição, perderá o cargo.

10. GOVERNADORES DE ESTADO

Ao contrário do que fez em relação ao Presidente da República, a Constituição Federal não outorgou expressamente nenhuma imunidade processual ao Governador de Estado e do Distrito Federal.

Com efeito, vimos que a Constituição Federal estabeleceu três imunidades processuais para o Presidente da República, que têm importantes reflexos na persecução penal pela prática de infrações comuns perante o Supremo Tribunal Federal.

A primeira imunidade processual em relação ao processo diz respeito à necessidade de autorização prévia da Câmara dos Deputados, por dois terços dos seus membros, para o processo e julgamento do Presidente da República, seja pela prática de crime de responsabilidade, perante o Senado Federal, seja pela prática de infrações comuns, perante o Supremo Tribunal Federal (art. 86).

A segunda imunidade processual diz respeito ao afastamento, em relação ao Presidente da República, da possibilidade de prisão em flagrante e

decorrente de qualquer outra espécie de prisão cautelar, haja vista que ele não poderá ser preso, nas infrações comuns, enquanto não sobrevier sentença condenatória prolatada pelo Supremo Tribunal Federal (art. 86, § 3.°).

A terceira imunidade processual em relação ao processo determina que o Presidente da República, na vigência do seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções, estabelecendo, assim, uma temporária e relativa irresponsabilidade do Presidente da República, no curso do seu mandato, por atos que não guardem conexão com o exercício deste (art. 86. § 4.°).

Em função dessa omissão da Constituição Federal quanto à outorga de imunidades processuais ao Governador de Estado, várias Constituições estaduais repetiram no seu texto, para os respectivos governadores, as mesmas três imunidades deferidas ao Presidente da República.

Porém, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal, somente pode ser estendida aos governadores de Estado e do Distrito Federal a imunidade formal que condiciona o processo e julgamento do Presidente da República à prévia autorização da Câmara dos Deputados, por dois terços dos seus votos (art. 86).

Assim, as Constituições estaduais e a Lei Orgânica do Distrito Federal poderão prever que os respectivos governadores só poderão ser processados e julgados pelo Superior Tribunal de Justiça depois da prévia autorização, por dois terços dos seus membros, da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa, respectivamente.

As outras duas imunidades deferidas ao Presidente da República - referente às prisões cautelares (art. 86, § 3.°) e à irresponsabilidade relativa por atos estranhos ao mandato (art. 86, § 4.°) - **não** podem ser estendidas pelas Constituições estaduais aos Governadores, por se tratar de prerrogativas inerentes ao Presidente da República, na qualidade de chefe de Estado.[20] Dessa forma, as Constituições estaduais que pretenderam atribuir essas imunidades aos seus governadores tiveram os respectivos dispositivos declarados inconstitucionais pelo STF.

[20] ADI 1.021/SP, rei. p/ acórdão Min. Celso de Mello, 19.10.1995.

Capítulo 11

PODER JUDICIÁRIO

1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário é um dos três poderes expressamente reconhecidos pela Constituição da República (art. 2.°). Além de instituí-lo como Poder independente, a Carta Política protege como cláusula pétrea essa independência, em seu art. 60, § 4.°, III.

Pode-se afirmar, sem exagero, que não é possível conceber um Estado de Direito sem um Poder Judiciário independente, responsável não só pela solução definitiva dos conflitos intersubjetivos mas, talvez precipuamente, pela garantia da integridade do ordenamento jurídico, mediante a aferição da compatibilidade entre os atos estatais e os comandos vazados na Constituição.

É interessante observar que a plena independência entre os Poderes Executivo e Legislativo **não** é um pressuposto obrigatório para termos um Estado de Direito. Deveras, no sistema parlamentarista, a relação entre os Poderes Executivo e Legislativo não é propriamente de independência, mas sim de colaboração, uma vez que a manutenção do exercício do poder por parte de um depende da vontade do outro.

O Poder Judiciário, diferentemente, seja qual for o sistema de governo - presidencialista ou parlamentarista - sempre e obrigatoriamente deve ser um Poder plenamente independente, em um Estado Democrático de Direito, incumbido da guarda da Constituição, a fim de conferir efetividade, dentre outros, aos princípios da legalidade e da igualdade.

É verdade que há países em que certas matérias são subtraídas à possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário, resolvendo-se os conflitos a

elas pertinentes exclusivamente no âmbito administrativo. São os países que adotam o denominado "sistema francês", ou "sistema do contencioso administrativo", ou, ainda, "sistema de dualidade de jurisdição". Nesses países, os conflitos que envolvam matérias de índole administrativa são solucionados no âmbito da própria administração pública, em vias processuais próprias, administrativas. Quanto a essas matérias, as decisões administrativas, esgotada a via administrativa, são definitivas, não estão sujeitas à apreciação do Poder Judiciário, vale dizer, existe, tecnicamente, *coisa julgada administrativa.*

O Brasil adota o denominado "sistema inglês", ou "sistema de unicidade de jurisdição". Em poucas palavras, significa isso que somente o Poder Judiciário tem **jurisdição,** isto é, somente ele pode dizer, em caráter **definitivo,** o direito aplicável aos casos concretos litigiosos submetidos a sua apreciação.

É interessante observar que não fica abolida a apreciação de litígios, a composição de interesses conflitantes, no âmbito administrativo. Pelo contrário, a Constituição reconhece expressamente a existência dos processos administrativos, por exemplo, ao enunciar os princípios do contraditório e ampla defesa e da celeridade processual (CF, art. 5.°, LV e LXXVIII). Ocorre que a adoção do sistema de unicidade jurisdicional tem como conseqüência a ausência de definitividade, de imodificabilidade das decisões administrativas. Por outras palavras, mesmo que o cidadão opte por discutir administrativamente um conflito, e utilize, para tanto, todas as instâncias administrativas disponíveis, a decisão final no âmbito administrativo não será uma decisão imutável. Se o interessado discordar daquilo que ficou decidido administrativamente, pode submeter seu conflito à apreciação do Poder Judiciário, que, de modo definitivo, dirá o direito aplicável, sem que a utilização prévia da via administrativa implique quaisquer restrições.

Em poucas palavras, não existe, em sentido técnico, "coisa julgada administrativa", tampouco "jurisdição administrativa". No Brasil, a jurisdição e a coisa julgada são atributos exclusivos do Poder Judiciário.[1] O princípio da unicidade de jurisdição está vazado de forma lapidar no inciso XXXV do art. 5.°, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

A importância do Poder Judiciário independente para a garantia de um Estado Democrático de Direito pode ser facilmente constatada pela análise de inúmeros dispositivos da Constituição.

Pode-se apontar uma exceção: nos crimes de responsabilidade que envolvam as maiores autoridades do Poder Público, o julgamento é feito pelo Poder Legislativo (CF, art. 52, I e II). Embora a apreciação e julgamento desses crimes tenha muito de função política, não há como deixar de reconhecer natureza jurisdicional à decisão, uma vez que se trata de dizer e aplicar, em caráter definitivo, o direito pertinente ao caso concreto litigioso.

Em primeiro lugar, a guarda da Constituição, em caráter definitivo, é atribuída ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, *caput).*

Além dessa relevantíssima atribuição, impende notar que inúmeros direitos fundamentais, individuais ou coletivos, catalogados ou não, são concernentes especificamente ao Poder Judiciário, isto é, a garantia de acesso a um judiciário imparcial e independente é garantia fundamental, estruturante de nossa organização político-jurídica.

Assim, além de asseverar que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5.°, XXXV), a Carta Política estabelece o princípio do juiz natural (art. 5.°, XXXVII), reconhece o Tribunal do Júri, atribuindo-lhe competência para julgar os crimes dolosos contra a vida (art. 5.°, XXXVIII), assegura que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5.°, LVII) etc.

São, ainda, essenciais à garantia de um Judiciário imparcial e independente as diversas prerrogativas da magistratura, vazadas essencialmente nos arts. 93 e 95 da Constituição, e a expressa garantia de autonomia administrativa e financeira (CF, art. 99).

Cabe apontar, conforme anteriormente expendido, que o Judiciário, assim como os demais Poderes, além de sua função típica, jurisdicional, exerce, como funções atípicas, atividades administrativas e normativas. No âmbito administrativo, é relevante registrar que a EC n.° 45/2004 acrescentou o inciso I-A ao art. 92, criando, como órgão do Poder Judiciário, o "Conselho Nacional de Justiça".

Esse órgão, que é, a rigor, um órgão de controle, foi inserido na estrutura do Poder Judiciário no intuito de atalhar questionamentos acerca de sua constitucionalidade. Com efeito, é tarefa exclusiva do constituinte originário delinear os sistemas de controles recíprocos entre os Poderes, denominados usualmente "freios e contrapesos" *(checks and balances).* Isso porque esses controles recíprocos conferem a exata medida da relação de independência e harmonia, ou seja, do equilíbrio entre os Poderes. Caso uma emenda à Constituição pretendesse instituir novos mecanismos de controle de um determinado Poder sobre outro, estaria alterando esse equilíbrio e, a nosso ver, seria flagrantemente inconstitucional, por afronta à cláusula pétrea vazada no art. 60, § 4.°, III, da Constituição da República.

Não obstante a sua inserção na estrutura do Poder Judiciário, a verdade é que o Conselho Nacional de Justiça não é composto somente por membros do Poder Judiciário, ou seja, embora disfarçadamente, instituiu-se, sim, uma espécie abrandada de "controle externo" do Judiciário, não previsto pelo constituinte originário. O importante, todavia, a nosso ver, é que o

Conselho Nacional de Justiça **não** tem ingerência na atividade jurisdicional dos juizes e tribunais, mas, somente, nas atividades administrativas e financeiras do Poder Judiciário, mantendo-se assim, pelo menos teoricamente, a independência dos magistrados em sua tarefa precípua que é o exercício da função jurisdicional.

No Brasil, o Poder Judiciário divide-se basicamente em duas esferas: a Justiça Federal e a Justiça Estadual. Não existe um Poder Judiciário municipal em nosso País. A regra é as competências da Justiça Federal serem enumeradas expressa e taxativamente no texto constitucional, deixando-se a competência residual à Justiça Estadual. A Justiça Federal, por seu turno, classifica-se em comum e especializada, esta com competência para apreciar matérias específicas (Justiça do Trabalho, Justiça Militar, Justiça Eleitoral). Têm-se, ademais, dois tribunais de superposição, o Superior Tribunal de Justiça, última instância nas questões que envolvam **leis,** e o Supremo Tribunal Federal, instância derradeira (ou única, especialmente no controle concentrado de constitucionalidade) nas questões concernentes à Constituição Federal.

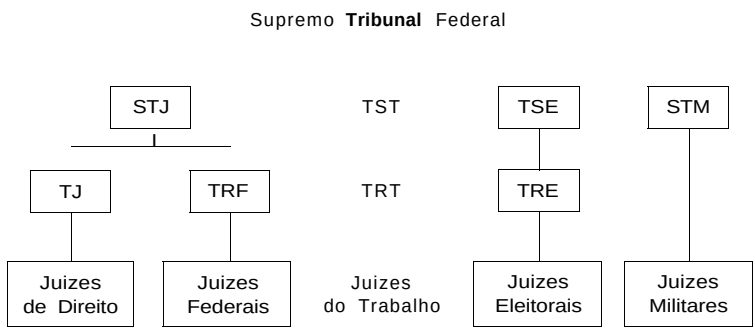
Passemos à análise das disposições constitucionais acerca do Poder Judiciário no Brasil.

2. ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO

Os órgãos que integram o Poder Judiciário foram enumerados pela Constituição Federal em seu art. 92, nos termos seguintes:

> Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:
>
> I - o Supremo Tribunal Federal;
>
> I-A - o Conselho Nacional de Justiça;
>
> II - o Superior Tribunal de Justiça;
>
> III - os Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais;
>
> IV - os Tribunais e Juizes do Trabalho;
>
> V - os Tribunais e Juizes Eleitorais;
>
> VI - os Tribunais e Juizes Militares;
>
> VII - os Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO[4]



*Além desses órgãos, também integra o Poder Judiciário o Conselho Nacional de Justiça; não o inserimos na estrutura acima porque este órgão não dispõe de competência jufisdicional.

A Emenda Constitucional n.° 45/2004 extinguiu os tribunais de alçada, onde existiam, determinando que seus membros passem a integrar os tribunais de justiça dos respectivos estados-membros, respeitadas a antigüidade e a classe de origem.

Consoante anotado anteriormente, essa mesma emenda constitucional criou, no âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, órgão que, conforme detalharemos adiante, não dispõe de competências jurisdicionais (por esse motivo, ele não está presente no quadro de organização do Poder Judiciário, acima apresentado).

O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional e, assim como o Conselho Nacional de Justiça, têm sede na Capital Federal (CF, art. 92, §§ 1.° e 2.°).

O Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo do Poder Judiciário, ocupando a digna posição de especial guardião da Constituição Federal. Cabe ao Supremo Tribunal realizar, originariamente e com exclusividade, o controle abstrato de leis e atos normativos em face da Constituição Federal e, também, atuar no controle difuso, em que aprecia, em último grau, as controvérsias concretas suscitadas nos juízos inferiores.

O Conselho Nacional de Justiça é o órgão de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe desempenhar as atribuições que lhe foram diretamente outorgadas pela Constituição Federal, que examinaremos adiante, além de outras que venham a ser estabelecidas pelo Estatuto da Magistratura.

O Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior Eleitoral, o Tribunal Superior do Trabalho e o Superior Tribunal Militar são os quatro Tribunais Superiores, com sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ tem por função precípua assegurar a uniformização na interpretação da legislação federal, apreciando as mais diferentes controvérsias acerca da aplicação do direito federal. O Superior Tribunal de Justiça não realiza controle abstrato de constitucionalidade, mas somente controle difuso, no qual aprecia as controvérsias concretas a ele submetidas originariamente (competência originária) ou em processos resultantes de recursos contra as decisões dos Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais (competência recursal).

Os demais Tribunais Superiores integram a justiça especializada, haja vista que só atuam num dado ramo do Direito. Assim, o Tribunal Superior Eleitoral aprecia matéria eleitoral; o Superior Tribunal Militar, os crimes militares; e o Tribunal Superior do Trabalho, matéria afeta ao direito do trabalho.

Dentre os órgãos de segundo grau, destacamos os Tribunais de Justiça dos estados-membros, que, além de realizarem o controle difuso de constitucionalidade como qualquer outro órgão do Poder Judiciário, efetivam também o controle abstrato das leis e atos normativos locais em face da Constituição estadual.

Cabe a todos os juizes e tribunais do Poder Judiciário exercer a jurisdição constitucional, na defesa da supremacia da Constituição Federal. Com efeito, todos os órgãos do Poder Judiciário, juizes e tribunais, dispõem de competência para proteger a Constituição, devendo afastar, nos casos concretos a eles submetidos, a aplicação das leis que considerarem inconstitucionais. Dessa forma, embora a guarda da Constituição seja função precípua do Supremo Tribunal Federal, ele não a exerce de forma exclusiva, haja vista que os demais órgãos do Poder Judiciário também podem reconhecer a invalidade das leis.

A única jurisdição exclusiva do Supremo Tribunal Federal é a abstrata, em face da Constituição Federal, em que a Corte examina, em tese, a validade de leis e atos normativos em confronto com a Carta Federal, com o fim de resguardar a harmonia do ordenamento jurídico. Ainda assim, cabe destacar, só é atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal a jurisdição abstrata em face da Constituição Federal, haja vista que os Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal também exercem controle abstrato, mas sempre em confronto com a Constituição estadual.

3. FUNÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS

A função típica do Poder Judiciário é a chamada função jurisdicional (ou de julgamento), pela qual lhe compete, coercitivamente, em caráter definitivo, dizer e aplicar o Direito às controvérsias a ele submetidas.

Entretanto, assim como os demais Poderes da República, o Judiciário também desempenha funções acessórias ou atípicas, de natureza administrativa e legislativa.

O Poder Judiciário desempenha função atípica administrativa quando administra seus bens, serviços e pessoal. A nomeação e exoneração de seus servidores, a concessão a eles de férias e demais direitos, a realização de uma licitação pública etc. são alguns exemplos de atuação do Poder Judiciário no exercício de função "atípica" administrativa.

O Poder Judiciário desempenha função "atípica" legislativa quando produz normas gerais, aplicáveis no seu âmbito, de observância obrigatória por parte dos administrados. É o caso da elaboração dos regimentos dos Tribunais,[2] os quais dispõem sobre a competência administrativa e jurisdicional desses órgãos.

4. GARANTIAS DO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição Federal outorgou importantes garantias ao Poder Judiciário, como meio de lhe assegurar autonomia e independência para o imparcial exercício da jurisdição. Essas garantias, portanto, não devem ser vistas como privilégios dos magistrados, mas sim como prerrogativas que asseguram, ao próprio Poder Judiciário, a necessária independência para o exercício de suas relevantes funções constitucionais, sem ingerência e pressões dos Poderes Legislativo e Executivo.

O legislador constituinte conferiu especial importância às garantias outorgadas ao Poder Judiciário, ao dispor que constituem crime de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra o livre exercício do Poder Judiciário (CF, art. 85, II) e, também, ao proibir que tais garantias sejam disciplinadas por medida provisória (CF, art. 62, § 1.°, I, "c") ou por lei delegada (CF, art. 68, § 1.°, I).

Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira (CF, art. 99).

Em razão da autonomia financeira, os tribunais elaborarão suas próprias propostas orçamentárias, desde que dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. Desse modo, o Poder Judiciário, embora não disponha de orçamento próprio, tem assegurado constitucionalmente o direito de elaborar sua proposta orçamentária, com a participação ativa na fixação dos limites de gastos da lei de diretrizes orçamentárias.[3]

[2] CF, art. 96, I, "a".

[3] Com fundamento nessa regra, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional lei de diretrizes orçamentárias que fixava o limite que caberia ao Poder Judiciário no orçamento

Determina a Constituição que o encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete:

a) no âmbito da União: aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais;

b) no âmbito dos estados e no do Distrito Federal e Territórios: aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais.

Se os Tribunais do Poder Judiciário não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias (CF, art. 99, § 3.°).

Ademais, se as propostas orçamentárias dos Tribunais do Poder Judiciário forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual (CF, art. 99, § 4.°).

Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais (CF, art. 99, § 5.°).

A Emenda Constitucional n.° 45/2004 trouxe novo dispositivo que reforça a autonomia financeira do Poder Judiciário, dispondo que os recursos provenientes das custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça (art. 98, § 2.°).

A autonomia administrativa confere aos tribunais do Poder Judiciário a competência para:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;

c) prover, na forma prevista na Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;

d) propor a criação de novas varas judiciárias;

geral do estado, sem nenhuma participação desse Poder na fixação de tal limite (ADI 1.911/PR, rei. Min. limar Galvão, DJ 12.03.1999).

e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;

f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juizes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados.

O Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores e os Tribunais de Justiça podem, ainda, propor ao Poder Legislativo respectivo, desde que observados os limites estabelecidos na lei de responsabilidade fiscal:

a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;

b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juizes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;

c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;

d) a alteração da organização e da divisão judiciárias.

O Professor Alexandre de Moraes cita, ainda, como importante garantia da independência do Poder Judiciário, a composição constitucional do Supremo Tribunal Federal (onze ministros), entendendo ser ilegítima qualquer tentativa do Poder Executivo ou Legislativo de alterar esse número, com a intenção de desrespeito à autonomia da própria Corte ou de suas decisões. Dessa forma, ressalta, "qualquer alteração constitucional na composição do Supremo Tribunal Federal deverá respeitar a independência do Poder Judiciário e ser feita por emenda constitucional".

5. ORGANIZAÇÃO DA CARREIRA

Estabelece a Constituição que lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, devendo ser observados os princípios a seguir apresentados.

O ingresso na carreira da magistratura, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, dar-se-á mediante a realização de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.[4]

CF, art. 93, I, com a redação dada pela EC n.° 45/2004.

O Conselho Nacional de Justiça regulamentou a exigência constitucional de três anos de atividade jurídica, dispondo que se considera atividade jurídica aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito, bem como o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico, vedada a contagem do estágio acadêmico ou qualquer outra atividade anterior à colação de grau.[5]

Poderão também ser computados como atividade jurídica os cursos de pós-graduação na área jurídica reconhecidos pelo Ministério da Educação ou pelas Escolas Nacionais de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados,[6] desde que integralmente concluídos com aprovação.

Na forma em que regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, o termo inicial para a contagem do prazo de três anos de atividade jurídica é a obtenção do grau de bacharel em Direito, haja vista que restou vedada a contagem de qualquer atividade anterior à colação de grau. Quanto ao termo final, a comprovação do período de três anos de atividade jurídica deverá ser realizada por ocasião da inscrição definitiva no concurso (e não no momento da posse, como parte da doutrina propugnava).

Aqueles que exercem cargos, empregos ou funções não privativos de bacharel em Direito deverão comprovar os três anos de atividade jurídica mediante a apresentação de certidão circunstanciada, expedida pelo órgão competente, indicando as respectivas atribuições exercidas e a prática reiterada de atos que exijam a utilização preponderante de conhecimento jurídico.

Por fim, estabeleceu o Conselho Nacional de Justiça que aquele que exercer a atividade de magistério em cursos formais ou informais voltados à preparação de candidatos a concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura fica impedido de integrar comissão do concurso e banca examinadora até três anos após cessar a referida atividade de magistério.[7]

A promoção do magistrado na carreira, de entrância para entrância, será feita alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;

b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;

[5] Resolução n.° 11/2006, art. 2.°.

[6] As Escolas Nacionais de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados estão previstas nos artigos 105, parágrafo único, I, e 111-A, § 2.°, da Constituição Federal.

[7] Resolução n.° 11/2006, art. 6.°.

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;

d) na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão.

O acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrancia.

O Conselho Nacional de Justiça regulamentou a forma de aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos tribunais de segundo grau mediante a expedição da Resolução CNJ n.° 6/2005. Nesse ato, estabeleceu o Conselho que as promoções por merecimento de magistrados e o acesso aos tribunais de segundo grau serão realizados em sessão pública, em votação nominal, aberta e fundamentada e pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrancia ou no cargo e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago.

O Estatuto da Magistratura deverá prever cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados.

O subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, observado o teto salarial fixado em lei de iniciativa do Presidente do Supremo Tribunal Federal (art. 37, XI) e o pagamento na forma de subsídio fixado em parcela única (art. 39, § 4.°).

A aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão as regras do regime especial de previdência dos servidores públicos civis, previsto no art. 40 da Constituição Federal.

O juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal.

O ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa.

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

As decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

Nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.

A atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedadas férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juizes em plantão permanente.

O Conselho Nacional de Justiça, inicialmente, afirmou a **auto-aplicabilidade** dessa determinação constitucional que impõe a obrigatoriedade da atividade jurisdicional ininterrupta, determinando a extinção definitiva das férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau.[8] Com efeito, o art. 2.° da Resolução CNJ n.° 3/2005, de 16.08.2005, determinou a extinção definitiva das férias coletivas, estatuindo que seriam inadmissíveis quaisquer justificativas para a concessão de férias coletivas relativas a período futuro (embora a proibição de férias coletivas seja aplicável desde a publicação da EC n.° 45/2004, que ocorreu em 31.12.2004, a Resolução CNJ n.° 3/2005, de 16.08.2005, em seu art. 1.º, acolheu "as justificativas apresentadas pelos Tribunais que mantiveram as férias coletivas marcadas para julho de 2005, uma vez que demonstrada a transitória força maior").

Ocorre que, em 24 de outubro de 2006, o mesmo Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução CNJ n.° 24/2006, **revogando** expressamente o citado art. 2.° da Resolução CNJ n.° 3/2005. Para a adoção desse novo ato, **afastando a extinção expressa das férias coletivas,** o Conselho alegou que a extinção das férias coletivas, anteriormente determinada pela Resolução n.°

[8] Resolução CNJ n.° 3/2005.

3/2005, na visão de importantes órgãos,[9] traria grave prejuízo à prestação jurisdicional nos juízos e tribunais de segundo grau, comprometendo os princípios constitucionais da eficiência e da celeridade processual.

É **muito importante** anotar, entretanto, que, em 6 de dezembro de 2006, no julgamento da ADIMC 3.823, rei. Min. Cármen Lúcia, o Supremo Tribunal Federal deferiu, por unanimidade, pedido de liminar contra a Resolução CNJ n.° 24/2006, deixando assente que a revogação, por ela, do art. *2°* da Resolução CNJ n.° 3/2005 sinalizara aos tribunais, contrariamente ao que determina a Constituição, a possibilidade de eles estabelecerem férias coletivas para seus membros e juízos a eles vinculados (providência que, efetivamente, havia sido adotada pelo Tribunal Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDFT, mediante ato também afastado nessa ADIMC 3.823).

No julgamento da cautelar, a relatora enfatizou que as regras legais, que estabeleciam aos magistrados o gozo de férias coletivas, perderam a validade no momento em que foi promulgada a EC n.° 45/2004, "uma vez que a norma constitucional plasmou novo paradigma para a matéria, contra a qual nada pode prevalecer".

A Ministra Cármen Lúcia consignou que a revogação do art. 2.° da Resolução CNJ n.° 3/2005 pelo Conselho Nacional de Justiça conduziria à suposição equivocada de que esse órgão admitiria justificativas relativas a férias coletivas dos magistrados, em confronto flagrante com o ditame constitucional introduzido pela EC n.° 45/2004.

Com efeito, o art. 2.° da Resolução CNJ n.° 3/2005 cientificou os tribunais sobre a extinção definitiva das férias coletivas, estatuindo serem "inadmissíveis quaisquer justificativas relativas a período futuro". Sua revogação, pela Resolução CNJ n.° 24/2006, ensejaria a interpretação de que poderiam haver justificativas para a manutenção de férias coletivas por determinado tribunal, como fizera o TJDFT.

Em suma, foi restabelecida a vigência do art. 2.° da Resolução CNJ n.° 3/2005, resultando inadmissíveis quaisquer justificativas para adoção de férias coletivas pelos tribunais do Judiciário, desde 16.08.2005. A decisão se estende a todos os tribunais do País.

O número de juizes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população.

Conforme expressamente consignado na Resolução CNJ n.° 24/2006, manifestaram-se contrariamente à extinção das férias forenses coletivas o Colégio Permanente de Presidentes dos Tribunais de Justiça, o Fórum Permanente de Corregedores-Gerais da Justiça Federal, diversos Presidentes de Tribunais Regionais Federais e a Ordem dos Advogados do Brasil.

Os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório.

A distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.

6. GARANTIAS AOS MAGISTRADOS

A Constituição Federal assegura aos membros do Poder Judiciário as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (CF, art. 95).

No primeiro grau, a vitaliciedade só será adquirida após o cumprimento do estágio probatório de dois anos de exercício. No período do estágio probatório, no qual não há que se falar em vitaliciedade, a perda do cargo dependerá de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado. Uma vez cumprido o estágio probatório, o magistrado **só perderá o seu cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado.**

Os membros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e os advogados e membros do Ministério Público que ingressam nos tribunais federais ou estaduais pela regra do "quinto constitucional" adquirem vitaliciedade imediatamente, no momento em que tomam posse.

Ressaltamos, porém, que a Constituição Federal estabelece um abrandamento da vitaliciedade em relação aos Ministros do Supremo Tribunal Federal e aos magistrados que atuam como membros do Conselho Nacional de Justiça, ao prever que eles poderão ser processados e julgados pelo Senado Federal nos crimes de responsabilidade (CF, art. 52, II). Dissemos abrandamento da vitaliciedade porque, caso venham a ser responsabilizados politicamente pelo Senado Federal *(impeachmeni),* a condenação implicará a perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, nos termos do art. 52, parágrafo único, da Constituição Federal.

A inamovibilidade assegura que os magistrados somente poderão ser removidos por iniciativa própria (e não de ofício, por iniciativa de qualquer autoridade), salvo em uma única exceção constitucional: por motivo de interesse público, mediante decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa.[10]

A irredutibilidade do subsídio, assegurada aos magistrados, tem por escopo evitar que a sua atuação seja objeto de pressões, advindas da redução de sua

CF, art. 95, II, com a redação dada pela EC n.° 45/2004.

espécie remuneratória, garantindo-se, com isso, a dignidade e a independência necessárias ao pleno exercício de suas funções.

Entretanto, vale lembrar, a garantia constitucional da irredutibilidade de subsídio alcança somente a chamada "irredutibilidade jurídica", isto é, a irredutibilidade nominal do subsídio (e não a sua irredutibilidade real). Significa dizer que a irredutibilidade não assegura o direito à atualização monetária do valor do subsídio em face da perda do poder aquisitivo da moeda (inflação), mas tão-somente que o seu valor nominal não será reduzido. A irredutibilidade não impede, tampouco, a incidência ou o aumento de tributos sobre o valor do subsídio, ainda que isso implique sua redução nominal.

7. VEDAÇÕES

No intuito de assegurar maior imparcialidade ao exercício de suas funções, a Constituição estabelece certas vedações aos magistrados, que dizem respeito a atividades e condutas consideradas incompatíveis com a missão de membro do Poder Judiciário. Assim, é vedado aos magistrados:

a) exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

b) receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

c) dedicar-se à atividade político-partidária;

d) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

e) exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Essa última vedação, denominada "quarentena", visa a evitar o tráfico de influência ou exploração de prestígio pelo ex-magistrado perante o juízo ou tribunal do qual se afastou, no ulterior exercício da advocacia por esse ex-magistrado. Perfilhando a lição do Prof. Alexandre de Moraes, entendemos que "a expressão 'no juízo do qual se afastou' deve ser interpretada, em relação aos juizes de 1.° grau aposentados ou exonerados, como 'na Comarca da qual se afastou', pois seria de absoluta inutilidade proibir-se, por exemplo, o juiz aposentado da 3.ª Vara Cível da Comarca de São Paulo de advogar somente nessa Vara, permitindo-lhe a advocacia em todas as outras Varas da Comarca da Capital do Estado de São Paulo".

8. SUBSÍDIOS DOS MEMBROS DO PODER JUDICIÁRIO

Os membros do Poder Judiciário serão remunerados exclusivamente por **subsídio,** fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, somente podendo ser fixados ou alterados por **lei específica,** observada a iniciativa privativa dos tribunais em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

Os subsídios dos membros do Poder Judiciário, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, fixado por lei de iniciativa do Presidente do Supremo Tribunal Federal como **teto remuneratório.**

O subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em âmbito federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores.

Conforme já examinado, a Constituição assegura a irredutibilidade nominal dos subsídios dos membros do Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o estabelecimento de um subteto de remuneração - 90,25% do subsídio mensal dos ministros do STF - para os membros do Poder Judiciário estadual, dando **interpretação conforme à Constituição ao art. 37, inciso XI, e seu § 12,** para excluir a submissão dos **membros da magistratura estadual** ao subteto de remuneração (ADIMC 3.854/DF, rei. Min. Cezar Peluso, 28.02.2007).

Dessa forma, os subsídios dos desembargadores dos Tribunais de Justiça têm como limite o subsídio mensal dos ministros do Supremo Tribunal Federal, **sendo inconstitucional** a limitação daqueles a 90,25% deste. Tampouco pode o subteto em foco - 90,25% do subsídio mensal dos ministros do STF - ser utilizado para determinação do valor dos subsídios dos demais **magistrados estaduais.**

9. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A Emenda Constitucional n.° 45/2004 criou o Conselho Nacional de Justiça, órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário, com sede na Capital Federal, com a incumbência de realizar o controle da atuação administrativa

e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes.

0 Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

1 - um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal;

II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;

III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;

IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;

XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Os membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida uma única recondução sucessiva.

Note-se que, embora seja órgão integrante do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça possui membros alheios ao corpo da magistratura - representantes do Ministério Público, da advocacia e da sociedade, estes últimos indicados pelo Legislativo -, o que, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, "além de viabilizar a erradicação do corporativismo,

estende uma ponte entre o Judiciário e a sociedade, permitindo a oxigenação da estrutura burocrática do Poder e a resposta a críticas severas".[I;]

O Conselho será presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate, ficando excluído da distribuição de processos naquele tribunal (CF, art. 103-B, § 1.º).

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

a) receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;

b) exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral;

c) requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos estados, Distrito Federal e Territórios.

A Constituição estabelece que o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil oficiarão junto ao Conselho Nacional de Justiça. Note-se que eles apenas oficiarão perante o órgão, não podendo, portanto, ser membros deste Conselho como representantes do Ministério Público e da advocacia.

As atribuições do Conselho Nacional de Justiça estão enumeradas, num rol meramente exemplificativo, no art. 103-B, § 4.°, da Constituição, nos termos seguintes:

> § 4.° Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:
>
> I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;
>
> II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem

[11] ADI 3.367/DF, rei. Min. Cezar Peluso, 13.04.2005.

> as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;
>
> III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do Poder Público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;
>
> IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;
>
> V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juizes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;
>
> VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;
>
> VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

Esse rol de competências é meramente exemplificativo, haja vista que outras atribuições poderão ser acrescidas pelo Estatuto da Magistratura, desde que, obviamente, relacionadas ao controle administrativo e financeiro da magistratura e à atuação funcional dos juizes.

Como se vê, o Conselho Nacional de Justiça não dispõe de funções jurisdicionais, tampouco de competência para fiscalizar a atuação jurisdicional dos juizes. Não se trata, também, de órgão de controle externo do Poder Judiciário, porquanto se trata de órgão formalmente integrante da estrutura deste. Não constitui, tampouco, a instância máxima de controle da magistratura nacional, haja vista que suas decisões poderão sempre ser impugnadas perante o Supremo Tribunal Federal, órgão ao qual compete processar e julgar, originariamente, eventuais ações contrárias à atuação do Conselho.'[12]

[12] CF, art. 102, I, "r".

Com efeito, caberá ao Conselho Nacional de Justiça unicamente a função de realizar o controle da atuação administrativa e financeira (jamais jurisdicional) do Poder Judiciário e a fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes. Não se trata, portanto, de atividade jurisdicional, mas de controle administrativo, financeiro e correicional da magistratura. Ademais, no desempenho dessa tarefa de controle da atuação administrativa e financeira dos órgãos do Poder Judiciário e da atuação funcional dos magistrados, todas as decisões do Conselho serão passíveis de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, por força de autorização constitucional expressa (art. 102, I, "r").

É oportuno destacar, ainda, que o Conselho Nacional de Justiça **não tem nenhuma competência** sobre o STF e seus ministros, sendo este o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito. Com efeito, segundo entendimento firmado pelo STF, a competência do CNJ é relativa apenas ao controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar dos órgãos e juizes situados, hierarquicamente, abaixo do STF, haja vista a preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional.[13]

O Supremo Tribunal Federal já assentou a constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça, afirmando que esse Conselho "é órgão próprio do Poder Judiciário (CF, art. 92, I-A), composto, na maioria, por membros desse mesmo Poder (CF, art. 103-B), nomeados sem interferência direta dos outros Poderes, dos quais o Legislativo apenas indica, fora de seus quadros e, assim, sem vestígios de representação orgânica, dois dos quinze membros, não podendo essa indicação se equiparar a nenhuma forma de intromissão incompatível com a idéia política e o perfil constitucional da separação e independência dos Poderes", com o que "a composição híbrida do CNJ não compromete a independência interna e externa do Judiciário, porquanto não julga causa alguma, nem dispõe de atribuição, de nenhuma competência, cujo exercício interfira no desempenho da função típica dó Judiciário, a jurisdicional".[14]

Ademais, o STF, na mesma ação, afastou a alegação de que o CNJ implicaria afronta ao pacto federativo, porquanto representaria controle do Judiciário dos estados por um órgão da União. A Corte Suprema ressaltou o caráter nacional do Poder Judiciário, decorrente da unicidade e da indivisibilidade da jurisdição, esclarecendo que "o CNJ não é órgão da União, mas sim do Poder Judiciário nacional, não havendo que se falar, assim, em supervisão administrativa, orçamentária, financeira e disciplinar dos órgãos

[13] ADI 3.367/DF, rei. Min. Cezar Peluso, 13.04.2005.
[14] ADI 3.367/DF, rei. Min. Cezar Peluso, 13.04.2005.

judiciários estaduais por órgão da União". Essa natureza nacional do CNJ estaria demonstrada pelo fato de haver representantes da magistratura estadual na composição do Conselho. Em conclusão, asseverou o STF que "o Conselho não anula, mas reafirma o princípio federativo".[15]

Entretanto, se, de um lado, já está assentada a constitucionalidade da criação do Conselho Nacional de Justiça, por outro, é grande a controvérsia a respeito dos limites da atuação desse Conselho, sobretudo no tocante a sua competência normativa, para a expedição de normas primárias, que impõem restrição a direito.

Seria o Conselho Nacional de Justiça competente para exercer o **poder normativo primário,** editando atos que, materialmente, têm força de lei? O Conselho Nacional de Justiça disporia de competência para, nas matérias que lhe são atribuídas (CF, art. 103-B), regulamentar diretamente o texto constitucional, mediante a expedição de normas primárias?

O Supremo Tribunal Federal reconheceu ao Conselho Nacional de Justiça o poder normativo primário, deixando assente que no âmbito das matérias que lhe são afetas (CF, art. 103-B), poderá o Conselho expedir normas primárias para a sua regulamentação. Com base nesse entendimento, a Corte Maior considerou constitucional a Resolução CNJ n.° 7/2005, atualmente considerada a "norma anti-nepotismo" no âmbito do Poder Judiciário.[16]

Para o Tribunal, o inciso II do § 4.° do art. 103-B da Constituição apresenta um conteúdo inexpresso (implícito), que outorga ao Conselho a competência para dispor, primariamente, sobre as matérias de sua competência, na "lógica pressuposição de que a competência para zelar pela observância do art. 37 da Constituição e ainda baixar os atos de sanação de condutas eventualmente contrárias à legalidade é poder que traz consigo a dimensão da normatividade em abstrato, que já é uma forma de prevenir a irrupção de conflitos".

No intuito de conferir maior efetividade à atuação do Conselho Nacional de Justiça, a Constituição determina que a União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

[15] ADI 3.367/DF, rei. Min. Cezar Peluso, 13.04.2005.
[16] ADC 12 MC, rei. Min. Carlos Britto, 16.02.2006.

10. CRIAÇÃO DE ÓRGÃO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO PELOS ESTADOS-MEMBROS

Questão amplamente debatida na vigência da Carta Política de 1988 diz respeito à possibilidade de criação, pelos estados-membros, de órgão de controle administrativo da Justiça Estadual.

No Supremo Tribunal Federal, a questão foi discutida quando alguns estados-membros criaram, no seu âmbito, órgão administrativo com a função de fiscalizar a atuação do Judiciário estadual. Em respeito ao princípio da separação de Poderes, o STF considerou inconstitucional a criação dessa fiscalização por órgão estadual, sob o fundamento de que a harmonia e a independência dos Poderes da República já são garantidas pelos próprios meios previstos na Constituição Federal, consistentes nos chamados controles recíprocos, pelo sistema de freios e contrapesos *(checks and balances).* Essa orientação restou consolidada no enunciado da Súmula 649, abaixo transcrita:

> **649** - É inconstitucional a criação, por Constituição Estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros Poderes ou entidades.

Mesmo após a criação do Conselho Nacional de Justiça, pela EC 45/2004, o STF deixou assente que "os estados-membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva justiça". Entende nossa Corte Suprema que, em respeito ao **caráter nacional** e ao regime orgânico **unitário** da magistratura, o controle administrativo, financeiro e disciplinar de **toda a Justiça** - inclusive da Justiça Estadual - deve ser realizado pelo Conselho Nacional de Justiça.[17]

11. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze membros, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, dentre cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade.

17 ADI 3.367, rei. Min. Cezar Peluso, 17.03.2005.

Como não existe regra predeterminada para o preenchimento das vagas, o Presidente da República é livre para escolher, desde que observados os requisitos constitucionais a seguir apontados, submetendo o nome à aprovação do Senado Federal. Caso haja a aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, o Presidente da República fará a nomeação. Com a nomeação, cabe ao Presidente do Tribunal dar a posse, momento em que ocorre a imediata aquisição da vitaliciedade.

São os seguintes os requisitos para a escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal:

a) idade entre 35 e 65 anos;

b) ser brasileiro nato;

c) ser cidadão, no pleno gozo dos direitos políticos;

d) possuir notável saber jurídico e reputação ilibada.

Note-se que, formalmente, a Constituição **não** impõe que os membros do Supremo Tribunal Federal sejam, obrigatoriamente, bacharéis em Direito, tampouco que seus membros sejam originários da magistratura, embora haja a exigência de notável saber jurídico.[18]

A atuação do Supremo Tribunal Federal dá-se tanto em Plenário como em Turmas. O Tribunal possui duas Turmas, com cinco membros cada uma, uma vez que o Presidente não integra nenhuma delas, atuando somente nas sessões plenárias. Assim, com exceção do Presidente do Tribunal, cada ministro integra, formalmente, uma Turma. As Turmas têm competências idênticas e os processos são distribuídos originariamente a um ministro relator, que, por sua vez, pertence à Primeira ou à Segunda Turma.

O Tribunal Pleno dispõe de *quorum* para deliberação se presentes pelo menos oito dos onze ministros, sendo que, para decisão sobre a constitucionalidade das leis, exige-se sempre uma maioria de seis votos. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão.

O Professor Alexandre de Moraes menciona que a ausência de exigência de formação jurídica para os Ministros do STF é uma tradição constitucional brasileira, lembrando que, no final do século XIX, chegou a seus extremos de exagero, com a nomeação do médico clínico Cândido Barata Ribeiro, que tomou posse e exerceu o cargo durante quase um ano, enquanto se aguardava a confirmação de sua nomeação pelo Senado Federal, que afinal a rejeitou.

O Presidente do Supremo Tribunal Federal é eleito diretamente pelos seus pares para um mandato de dois anos, sendo expressamente vedada a reeleição. Tradicionalmente, são eleitos para os cargos de Presidente e Vice-Presidente do Tribunal os dois ministros mais antigos que ainda não o exerceram.

A vigente Constituição ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação ao controle abstrato de normas e ao controle da omissão do legislador. Ademais, foi mantida a sua competência de órgão revisor do controle difuso de constitucionalidade, no exame de questões constitucionais suscitadas incidentalmente nos casos concretos submetidos aos juízos e tribunais inferiores.

11.1. Competências

As competências do Supremo Tribunal Federal estão enumeradas nos arts. 102 e 103 da Constituição Federal, podendo ser divididas em competência originária (quando o STF processa e julga, originariamente, a matéria, em única instância) e competência recursal (quando o STF aprecia a matéria a ele chegada mediante recurso ordinário ou extraordinário).

A competência originária está prevista no inciso I do art. 102 da Constituição, nos termos seguintes:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> 1 - processar e julgar, originariamente:
>
> a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
>
> b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
>
> c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
>
> d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

h) (Revogada pela Emenda Constitucional n.° 45/2004.);

i) o *habeas corpus,* quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

1) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público.

Esse rol de competências originárias estabelecido pela Constituição Federal é exaustivo *{numerus clausus),* não havendo possibilidade de o legislador ordinário estabelecer outras competências originárias para o Supremo Tribunal Federal. Assim, eventuais acréscimos a esse rol deverão ser formalizados, sempre, mediante a aprovação de emenda à Constituição.

Cabe destacar que a competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar autoridades só se aplica enquanto elas estiverem no exercício da função pública, ou seja, a competência do foro por prerrogativa de função não alcança as autoridades que não mais exerçam cargo ou mandato (com o término do exercício da função pública, expira-se o direito ao foro especial, sendo os autos remetidos à justiça comum competente).

A Emenda Constitucional n.° 45/2004 revogou a alínea "h" do inciso I do art. 102 da Constituição Federal, que estabelecia a competência originária do Supremo Tribunal Federal para a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias. Assim, não cabe mais ao Supremo Tribunal Federal proferir o despacho que ordena a exeqüibilidade, no Brasil, de diligência judicial oriunda do estrangeiro. Essa competência foi repassada ao Superior de Tribunal de Justiça,[19] ao qual caberá dar o despacho de exeqüibilidade às cargas rogatórias oriundas das justiças estrangeiras para que, ulteriormente, os juizes federais processem e julguem a execução dessas cartas rogatórias (CF, art. 109, X).

Estabelece a Constituição Federal que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, as causas e os conflitos entre a União e os estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta (art. 102, I, "f").

Embora a Constituição Federal não estabeleça distinção quanto às espécies de controvérsias travadas entre as entidades mencionadas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desenvolveu uma redução teleológica do alcance literal desse dispositivo constitucional, de forma a restringir a sua competência originária, nos termos examinados nos parágrafos seguintes.

Para o Tribunal, em se tratando de causas cíveis em que entidades da Administração indireta federal, estadual ou distrital contendam, entre si, ou com entidade política da Federação diversa daquela a cuja estrutura se integrem, só há incidência da sua competência originária se a controvérsia puder provocar situações caracterizadoras de "conflito federativo", isto é, se a controvérsia for capaz de pôr em risco a harmonia federativa, acerca da divisão constitucional de competências entre a União e os estados-membros e o Distrito Federal. Diferentemente, se a controvérsia não implicar potencial risco ao equilíbrio federativo, o Supremo Tribunal Federal não disporá de competência originária para o seu julgamento.[20]

Essa restrição, porém, não se aplica quando o conflito se trava entre duas entidades políticas da Federação (União, estado-membro e Distrito Federal), hipótese em que o Supremo Tribunal Federal tem invariavelmente reconhe-

[19] CF, art. 105, I, T.

[20] ACO 555 QO/DF, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 04.08.2005.

cido a sua competência originária, independentemente da maior ou menor relevância federativa do objeto ou das questões envolvidas na lide.

Em resumo, temos o seguinte: (i) independentemente da relevância federativa do objeto ou das questões envolvidas na lide, é da competência originária do STF o julgamento de conflito entre entidades políticas da Federação (União, estados e Distrito Federal); (ii) a exigência de que o objeto da causa tenha potencial para provocar "conflito federativo" aplica-se somente às lides que envolvam entidades da Administração indireta federal, estadual ou distrital, entre si, ou com entidade política da Federação diversa daquela de cuja estrutura façam parte.

No tocante aos conflitos de competência, estabelece a Constituição que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal.[21]

Ademais, embora a Constituição não seja expressa, compete ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de conflitos de competência envolvendo Tribunais Superiores e juizes vinculados a outros tribunais (entre juiz federal vinculado ao Tribunal Regional Federal e o Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo).

Porém, **não** cabe ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de conflito entre o Superior Tribunal de Justiça - STJ e Tribunais Regionais Federais - TRF ou Tribunais de Justiça - TJ, pois, nesse caso, segundo a Corte Maior, não se trata de hipótese de conflito, mas sim de hierarquia de jurisdição, haja vista que estes (TRF e TJ) se submetem jurisdicionalmente àquele (STJ).[22]

Por fim, compete ao Supremo Tribunal Federal dirimir conflito de competência entre os Ministérios Públicos federal e estadual, exceto quando configurado virtual conflito de jurisdição que, por força da interpretação analógica do art. 105, I, "d", da Constituição, seja da competência do Superior Tribunal de Justiça.[23]

Como dissemos antes, o Supremo Tribunal Federal também atua na via recursal, na qual aprecia as controvérsias a ele chegadas mediante recursos ordinários ou recursos extraordinários.

Assim, no exercício da sua competência recursal, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário:

[21] CF, art. 102, I, "o".

[22] CC 7.094/MA, rei. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 04.05.2001, citado por Alexandre de Moraes.

[23] Pet 3.528/BA, rei. Min. Marco Aurélio, 28.09.2005.

a) o crime político;

b) o *habects corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em instância única pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

No tocante a essa última competência, em que o Supremo Tribunal Federal aprecia em recurso ordinário os citados remédios constitucionais, observe-se que se trata de hipótese bastante restrita, porquanto somente será cabível o recurso ordinário se, cumulativamente, forem cumpridos três requisitos, a saber:

1) quando o julgamento do *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção for proferido pelos Tribunais Superiores (STJ, TSE, TST ou STM);

2) quando a decisão for originária dos Tribunais Superiores, isto é, quando eles apreciarem a matéria originariamente, e não mediante recursos interpostos contra decisões de juízos e tribunais inferiores;

3) quando a decisão do Tribunal Superior for denegatória, seja de mérito, seja sem julgamento de mérito.

Ainda na via recursal, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo da Constituição Federal;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal;

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Embora a hipótese não esteja explicitamente contemplada dentre as acima arroladas, caberá também recurso extraordinário para apreciar a validade do direito ordinário pré-constitucional (editado sob a égide de Constituições pretéritas), tanto em confronto com a Constituição Federal de 1988, quanto frente à Constituição pretérita, da época em que editada a norma pré-constitucional.

Porém, em qualquer caso, para o cabimento do recurso extraordinário deverão ser cumpridos três requisitos:

1) prequestionamento da matéria: a controvérsia constitucional objeto do recurso extraordinário deve ter sido debatida e decidida no âmbito do órgão judiciário recorrido;

2) ofensa direta à Constituição: a ofensa presente no processo deverá ser direta e frontal à Constituição Federal, não se admitindo o recurso extraordinário para a discussão de ofensas meramente reflexas, isto é, quando o juízo sobre a ofensa alegada depender do reexame de normas infraconstitucionais aplicadas pelo Poder Judiciário ao caso concreto;

3) repercussão geral das questões constitucionais: o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Supremo Tribunal Federal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.[24]

Os demais aspectos referentes ao recurso extraordinário foram por nós comentados em item específico constante do capítulo desta obra dedicado ao estudo do controle de constitucionalidade das leis, para o qual remetemos o leitor.

12. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros, nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

a) 1/3 de juizes dos Tribunais Regionais Federais - TRF;

b) 1/3 de desembargadores dos Tribunais de Justiça estaduais - TJ;

c) 1/3 divididos da seguinte maneira: 1/6 de advogados e 1/6 de membros do Ministério Público Federal, estaduais e do Distrito Federal.

No caso dos juizes dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça estaduais, o próprio Superior Tribunal de Justiça elaborará livremente a lista tríplice e a enviará para o Presidente da República. Essa escolha poderá recair até mesmo sobre integrantes dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça que não sejam originários da magistratura, pois o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a escolha poderá recair sobre desembargadores que tenham ingressado nesses tribunais de segundo grau pela regra do quinto constitucional (membros do Ministério Público e da advocacia), previsto no art. 94 da Constituição Federal.

[24] Art. 102, § 3.°, da Constituição, incluído pela EC n.° 45/2004, e regulamentado pela Lei n.° 11.418, de 19.12.2006.

No caso dos advogados e membros do Ministério Público, serão preparadas listas sêxtuplas em cada instituição, que as encaminhará ao Superior Tribunal de Justiça, ao qual caberá a elaboração da lista tríplice a ser encaminhada ao Presidente da República.

Ao contrário do que se verifica em relação aos integrantes do Supremo Tribunal Federal, a Constituição **exige** a graduação em Direito de todos os membros do Superior Tribunal de Justiça, porque eles serão, obrigatoriamente, membros da magistratura, do Ministério Público ou advogados.

Os candidatos deverão cumprir os seguintes requisitos:

a) ter idade entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos;

b) ser brasileiro nato ou naturalizado;

c) possuir notável saber jurídico e reputação ilibada.

O Presidente da República escolherá o candidato, integrante das listas tríplices a ele apresentadas, e o nome será submetido à apreciação do Senado Federal, considerando-se aprovado se obtiver maioria absoluta dos votos daquela Casa Legislativa. Uma vez aprovado, a nomeação caberá ao Presidente da República.

12.1. Competências

As competências do Superior Tribunal de Justiça estão enumeradas no art. 105 da Constituição Federal, podendo ser divididas em competências originárias (quando o STJ é acionado diretamente, nas ações em que cabe a ele o primeiro julgamento) e recursais (quando o STJ aprecia recursos ordinários ou especiais).

A partir da leitura das competências constitucionais do Superior Tribunal de Justiça, a seguir enumeradas, percebe-se facilmente, especialmente em relação à competência recursal via recurso especial, que foi outorgada a esse Tribunal a relevante missão de guardião do **ordenamento jurídico federal,** ao passo que ao Supremo Tribunal Federal, como vimos, foi confiada a missão de atuar como guardião da Constituição da República. Assim, caberá ao Superior Tribunal de Justiça, especialmente, a função de assegurar a uniformização da interpretação do Direito federal no País.

A competência originária do Superior Tribunal de Justiça está enumerada no inciso I do art. 105 da Constituição, nos termos seguintes:

> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
>
> I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

b) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;

c) os *habeas corpus,* quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea 'a', ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, 'o', bem como entre tribunal e juizes a ele não vinculados e entre juizes vinculados a tribunais diversos;

e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de 'exequatur' às cartas rogatórias.

Dentre essas competências originárias do Superior Tribunal de Justiça, destacamos esta última atribuição de homologar as sentenças estrangeiras e conceder o *exequatur* às cartas rogatórias. Essa competência foi retirada do Supremo Tribunal Federal e repassada ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional n.° 45/2004.

O *exequatur* é a autorização dada pelo Superior Tribunal de Justiça para que possam, validamente, ser executadas no Brasil, na jurisdição do juiz competente, as diligências ou atos processuais requisitados por autoridade judiciária estrangeira. Na prática, as cartas rogatórias oriundas das justiças estrangeiras são recebidas por via diplomática, no Ministério das Relações Exteriores, que as transmite ao Superior Tribunal de Justiça, para a concessão do *exequatur*. Concedido o *exequatur*, a rogatória será remetida ao juiz federal do Estado em que deva ser cumprida.[25] Uma vez executada pelo juiz federal, a rogatória é devolvida ao Superior Tribunal de Justiça, que, pelos trâmites legais, a remeterá de volta ao país de origem.

O inciso II do art. 105 da Constituição enumera a primeira parte da competência recursal do Superior Tribunal de Justiça, exercida mediante **recurso ordinário,** cabendo-lhe:

> II - julgar, em recurso ordinário:
>
> a) os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;
>
> b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;
>
> c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

Por fim, o inciso III do art. 105 enumera as demais competências recursais do Superior Tribunal de Justiça, agora exercidas mediante **recurso especial,** em que lhe cabe:

> III -julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:
>
> a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
>
> b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
>
> c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Compete aos juizes federais a execução de carta rogatória, após o *exequatur,* e de sentença estrangeira, após a homologação (CF, art. 109, X).

Determina a Constituição que funcionarão junto ao Superior Tribunal de Justiça:

a) a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;

b) o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante.

13. JUSTIÇA FEDERAL

A Justiça Federal é composta pelos Tribunais Regionais Federais (órgãos colegiados de segundo grau) e pelos juizes federais (órgãos singulares de primeiro grau).

Os Tribunais Regionais Federais - TRF compõem-se de, no mínimo, sete juizes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo:

a) um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira;

b) os demais, mediante promoção de juizes federais com mais de cinco anos de exercício, por antigüidade e merecimento, alternadamente.

A competência dos Tribunais Regionais Federais está enumerada no art. 108 da Constituição Federal, dividida em originária (causas ajuizadas perante o próprio Tribunal) e recursal (recursos contra as causas decididas pelos juizes federais e pelos juizes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição), nos termos seguintes:

> Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:
>
> I - processar e julgar, originariamente:
>
> a) os juizes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;
>
> b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juizes federais da região;

> c) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;
>
> d) os *habeas corpus*, quando a autoridade coatora for juiz federal;
>
> e) os conflitos de competência entre juizes federais vinculados ao Tribunal;
>
> II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juizes federais e pelos juizes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

Os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

Os Tribunais Regionais Federais poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

A competência dos juizes federais está enumerada no art. 109 da Constituição Federal, nos termos seguintes:

> Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar:
>
> I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;
>
> II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;
>
> III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;
>
> IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;
>
> V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;
>
> V-A - as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5.° deste artigo;
>
> VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

> VII - os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;
>
> VIII - os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;
>
> IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;
>
> X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o *exequatur*, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;
>
> XI - a disputa sobre direitos indígenas.

Em relação ao inciso I desse art. 109, cabe esclarecer que, por ausência de previsão constitucional, a competência da Justiça Federal **não** alcança as causas em que figurar sociedade de economia mista federal, entidade integrante da Administração Pública indireta (note-se que o texto constitucional refere-se, apenas, à entidade autárquica ou empresa pública federal).

Os §§ 1.° e 2.° do art. 109 estabelecem as regras sobre o foro das causas de interesse da União. Assim, as causas em que a União for **autora** serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte. Diferentemente, as causas intentadas **contra** a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

Os §§ 3.° e 4.° do art. 109 trazem regra especial relativa às ações previdenciárias (que, em regra, são julgadas pela Justiça Federal), determinando que serão processadas e julgadas na **Justiça Estadual,** no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal. Mas, nesse caso, eventual recurso será sempre para o **Tribunal Regional Federal** na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

Entretanto, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o segurado poderá optar por ajuizar a respectiva ação previdenciária perante as varas federais da capital do estado-membro, uma vez que o art. 109, § 3.°, da Constituição prevê uma mera faculdade em benefício do segurado, não podendo esta norma ser aplicada para prejudicá-lo.[26]

[26] RE 223.139/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 25.08.1998.

O § 5.° do art. 109 da Constituição estabelece que nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Por força desse dispositivo constitucional, introduzido pela Emenda Constitucional n.° 45/2004, o Procurador-Geral da República poderá intentar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, a federalização dos crimes que impliquem grave violação de direitos humanos, isto é, poderá solicitar ao Superior Tribunal de Justiça o deslocamento de competência para processo e julgamento desses delitos da Justiça estadual para a Justiça Federal.

A respeito da organização da Justiça Federal no primeiro grau, dispõe a Constituição que cada estado, bem como o Distrito Federal, constituirá uma seção judiciária que terá por sede a respectiva capital, e varas localizadas segundo o estabelecido em lei (art. 110).

Nos Territórios Federais, se vierem a ser criados, a jurisdição e as atribuições cometidas aos juizes federais caberão aos juizes da justiça local, na forma da lei (art. 110, parágrafo único).

14. JUSTIÇA DO TRABALHO

A Justiça do Trabalho é composta pelos seguintes órgãos: Tribunal Superior do Trabalho - TST, Tribunais Regionais do Trabalho - TRT e juizes do trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

a) um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94 da Constituição Federal;

b) os demais dentre juizes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior.

A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Funcionarão junto ao Tribunal Superior do Trabalho:

a) a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;

b) o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema, cujas decisões terão efeito vinculante.

Os Tribunais Regionais do Trabalho compõem-se de, no mínimo, sete juizes, recrutados, quando possível, na respectiva região, e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo:

a) um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94 da Constituição Federal;

b) os demais, mediante promoção de juizes do trabalho por antigüidade e merecimento, alternadamente.

Note-se que, a partir da Emenda Constitucional n.° 45/2004, o texto constitucional passou a determinar a aplicação da regra do "quinto constitucional", prevista no art. 94 da Constituição, também para a composição dos tribunais da Justiça do Trabalho (TST e TRT).

Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

Os Tribunais Regionais do Trabalho poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

A lei criará varas da Justiça do Trabalho, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-la aos juizes de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho.

Nas Varas do Trabalho, a jurisdição será exercida por um juiz singular, haja vista que a Junta de Conciliação e Julgamento, antigo órgão colegiado composto de representantes de empregados e empregadores, foi extinta pela Emenda Constitucional n.° 24/1999.[27]

[27] A EC n.° 24/1999 extinguiu toda a participação classista temporária de representantes de empregados e empregadores na Justiça do Trabalho, em todos os graus.

A competência da Justiça do Trabalho está enumerada no art. 114 da Constituição, nos termos seguintes:

> Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
>
> I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
>
> II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;
>
> III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;
>
> IV - os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;
>
> V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, 'o';
>
> VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;
>
> VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;
>
> VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, 'a', e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;
>
> IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

Em relação ao inciso I do art. 114, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a competência da Justiça do Trabalho **não** alcança o julgamento de ações entre o Poder Público e servidores públicos com vínculo estatutário, investidos em cargo efetivo ou em cargo em comissão, haja vista que o vínculo jurídico de natureza estatutária vigente entre servidores públicos e a administração é estranho ao conceito de relação de trabalho.[28] Assim, as ações envolvendo servidores públicos federais regidos por regime estatutário, ou seja, pela Lei n.° 8.112/1990, continuam sob a competência da Justiça Federal.[29]

ADI 3.395, rei. Min. Cezar Peluso, 05.04.2006.

Por sua vez, as ações envolvendo servidores públicos estatutários estaduais e municipais e as respectivas Administrações Públicas também não são julgadas pela Justiça do Trabalho, mas sim pela Justiça comum estadual.

No tocante ao inciso VI do art. 114, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que, **após a promulgação da Emenda Constitucional n.° 45/2004,** as ações de indenização, inclusive por dano moral, propostas por empregado contra empregador (ou ex-empregador), fundadas em acidente do trabalho, são da competência da Justiça do Trabalho, e não da Justiça comum estadual.[30] Frise-se que o Tribunal Maior decidiu que, nessa hipótese - ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, movidas pelo empregado contra seu empregador - o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC n.° 45/2004. A nova orientação alcançou os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que ainda não proferida sentença de mérito. Essas ações, cujo mérito ainda não fora apreciado, foram remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontravam, com total aproveitamento dos atos praticados até então. Diferentemente, as ações que tramitavam perante a Justiça comum dos estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC n.° 45/2004 (publicada em 31.12.2004), lá continuaram até o trânsito em julgado e correspondente execução.

Esclarecemos, porém, que esse entendimento - competência da Justiça do Trabalho - é restrito às ações propostas por empregado contra empregador (ou ex-empregador), visando à obtenção de indenização pelos danos oriundos de acidente de trabalho, **não** se aplicando às ações, ajuizadas contra o INSS, em que seja pleiteado **benefício previdenciário** decorrente de acidente do trabalho. Nestas - ações contra o INSS buscando o recebimento de benefício previdenciário decorrente de acidente de trabalho -, a competência é da **Justiça comum estadual,** por força da ressalva constante da parte final do art. 109, inciso I, da Constituição, que afasta a competência da Justiça Federal, não obstante ser o INSS uma autarquia federal.

A Constituição Federal reconhece a arbitragem como meio de solução de conflitos trabalhistas, desde que antes seja intentada a negociação entre as partes, ao dispor que, frustrada a negociação, as partes poderão eleger árbitros (CF, art. 114, § 1.°).

Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente (CF, art. 114, § 2.°).

Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito (CF, art. 114, § 3.°).

[30] CC 7.204/MG, rei. Min. Carlos Britto, 29.06.2005.

15. JUSTIÇA ELEITORAL

São órgãos da Justiça Eleitoral: o Tribunal Superior Eleitoral; os Tribunais Regionais Eleitorais; os Juizes Eleitorais; as Juntas Eleitorais.

0 Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros, escolhidos:

1 - mediante eleição, pelo voto secreto:

a) três juizes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal;

b) dois juizes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça;

II - por nomeação do Presidente da República, dois juizes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

0 Tribunal Superior Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice- Presidente dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o Corregedor Eleitoral dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na Capital de cada Estado e no Distrito Federal (CF, art. 119).

Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão:

1 - mediante eleição, pelo voto secreto:

a) de dois juizes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça;

b) de dois juizes, dentre juizes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça;

II - de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo;

III - por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juizes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juizes de direito e das juntas eleitorais (CF, art. 121).

Em respeito à imparcialidade do Judiciário, os membros dos tribunais, os juizes de direito e os integrantes das juntas eleitorais, no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis.

No intuito de afastar a possibilidade de ingerência política nos Tribunais Eleitorais, determina a Constituição que os juizes dos tribunais eleitorais, salvo

motivo justificado, servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria.

São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem a Constituição Federal e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança.

Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

I - forem proferidas contra disposição expressa da Constituição ou de lei;

II - ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;

III - versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;

IV - anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;

V - denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção.

16. JUSTIÇA MILITAR

São órgãos da Justiça Militar: o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juizes Militares instituídos por lei (CF, art. 122).

O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis (CF, art. 123).

Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:

a) três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

b) dois, por escolha paritária, dentre juizes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

A Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei (CF, art. 124).

A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar (CF, art. 124, parágrafo único).

17. JUSTIÇA ESTADUAL

Os estados-membros organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos na Constituição Federal, conforme previsto no art. 125 da Carta Política.

A competência dos Tribunais de Justiça deverá ser definida na Constituição do estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

Cabe aos estados-membros a instituição de representação de inconstitucionalidade (ADI) de leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição estadual, vedada a legitimação para agir a um único órgão.

A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

Na composição dos Tribunais de Justiça dos estados deverá ser observada a regra do "quinto constitucional", comentada em item específico adiante.

Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças (CF, art. 125, § 4.°).

Compete aos juizes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares (CF, art. 125, § 5.°).

O Tribunal de Justiça poderá funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo (CF, art. 125, § 6.°).

O Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários (CF, art. 125, § 7.°).

Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias (CF, art. 126).

18. JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

O Distrito Federal não dispõe de competência para organizar, legislar e manter o Poder Judiciário local, cabendo esta competência à União, por lei aprovada pelo Congresso Nacional.[31]

19. JUSTIÇA DOS TERRITÓRIOS

A lei disporá sobre a organização judiciária dos Territórios, sendo que, naqueles Territórios Federais com mais de cem mil habitantes, haverá órgãos judiciários de primeira e segunda instância (CF, art. 33).

Nos Territórios Federais, a jurisdição e as atribuições cometidas aos juizes federais caberão aos juizes da justiça local, na forma da lei (CF, art. 110, parágrafo único).

20. "QUINTO CONSTITUCIONAL"

Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais de Justiça dos estados e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional.

A indicação será em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes, que encaminharão as indicações ao tribunal respectivo, que formará lista tríplice, enviando-a ao Chefe do Poder Executivo que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação (CF, art. 94).

Cabe ressaltar que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a fim de garantir a fiel observância do "quinto constitucional", caso a divisão dos membros de determinado Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça por cinco não resultar em um número inteiro, o arredondamento deverá ser sempre **para cima,** sob pena de inconstitucionalidade.

[31] CF, arte. 21, XIII, e 22, XVII.

Por exemplo: dividindo-se por cinco os cargos de um tribunal composto de 12 (doze) membros, chegaríamos ao número 2,4 (dois vírgula quatro). Conseqüentemente, teríamos que arredondar as vagas destinadas aos membros do Ministério Público e advogados para 3 (três). Caso contrário, entende o STF que não se estaria respeitando o preceito constitucional, uma vez que 2 (duas) vagas, por óbvio, representariam menos do que 1/5 dos assentos do tribunal.[32]

Essa regra, que determina a obrigatoriedade da observância do quinto constitucional na composição dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal não se aplica aos Tribunais Superiores, que têm regras próprias de composição e investidura.

Entretanto, a Emenda Constitucional n.° 45/2004 passou expressamente a exigir a observância do quinto constitucional na composição dos Tribunais da Justiça do Trabalho (TST e TRT).[33]

21. JULGAMENTO DE AUTORIDADES

Apresentamos, a seguir, elaborado a partir de quadro sobre o assunto, de lavra do Prof. Alexandre de Moraes, uma síntese das competências para julgamento das principais autoridades da República Federativa do Brasil.

Algumas considerações acerca da competência para julgar autoridades.

Note-se que a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar Ministros de Estado alcança não só as infrações comuns, mas, também, os crimes de responsabilidade, exceto quando estes são praticados em conexão com delito cometido pelo Presidente da República, hipótese em que esta competência desloca-se para o Senado Federal.

Embora a Constituição Federal não o estabeleça expressamente, o Advogado-Geral da União e o Presidente do Banco Central do Brasil são processados e julgados, originariamente, pelo Supremo Tribunal Federal porque a eles foi atribuído, pelo legislador ordinário, *status* de Ministro de Estado, tendo o Supremo Tribunal Federal considerado válida tal medida.[34]

O Supremo Tribunal Federal é competente, também, para o julgamento de seus atuais Ministros em todos os processos - inclusive em ação por ato de improbidade administrativa - que não envolvam crime de responsabilidade (nos crimes de responsabilidade, a competência é do Senado Federal - CF, art. 52, II), pois, segundo o Tribunal, reconhecer competência à justiça ordinária

Exemplo elaborado pelo Prof. Alexandre de Moraes.

CF, arts. 111-A, I, e 115, I.

Inq (QO) 1.660/DF, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 06.09.2000; e ADI 3.289, rei. Min. Gilmar Mendes, 05.05.2005.

de primeira instância para o julgamento de Ministro do STF seria "subverter a ordem", o que "quebraria o sistema judiciário como um todo".[35]

Para o julgamento do Governador do estado e do Distrito Federal, haverá necessidade de autorização prévia do Poder Legislativo (assembléia legislativa e Câmara Legislativa, conforme o caso), por dois terços dos seus membros, desde que a Constituição estadual e a Lei Orgânica do Distrito Federal tenham outorgado essa prerrogativa ao chefe do Poder Executivo.

Ainda em relação ao Governador, a Constituição Federal estabelece expressamente que, nas infrações penais comuns, será ele processado e julgado, originariamente, pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, "a"). Entretanto, a Constituição Federal nada estabeleceu sobre a competência para o julgamento do Governador pela prática de crime de responsabilidade.

Diante do silêncio da Constituição Federal, algumas Constituições estaduais dispuseram acerca da competência para o julgamento do Governador por crime de responsabilidade, em regra, outorgando essa competência à assembléia legislativa ou a tribunal especial formado por integrantes dos Poderes Judiciário e Legislativo locais.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que os estados-membros e o Distrito Federal não dispõem de competência legislativa para definir os crimes de responsabilidade e estabelecer as respectivas normas de processo e julgamento, haja vista que essa competência pertence privativamente à União, por força do art. 22, I, da Constituição Federal, que outorga à União competência privativa para legislar sobre direito penal.[36]

Com isso, restou firmado pelo Supremo Tribunal Federal o entendimento de que se aplica ao processo e julgamento dos Governadores por crime de responsabilidade a Lei Federal n.° 1.079/1950, que determina sejam eles julgados por um Tribunal Especial composto de cinco membros do Legislativo e de cinco desembargadores do Tribunal de Justiça, sob a presidência do Presidente do Tribunal de Justiça local, que terá direito de voto no caso de empate. A escolha dos membros desse Tribunal Especial observará o seguinte: membros do Legislativo, mediante eleição pela assembléia legislativa; a dos desembargadores, mediante sorteio.

Merecem destaque, ainda, as regras de competência para o julgamento do Prefeito.

A Constituição Federal estabelece que o Prefeito será julgado perante o Tribunal de Justiça (art. 29, X).

[35] Pet 3.211 QO/DF, rei. p/ acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

[36] Esse entendimento restou consolidado pelo STF na Súmula 722, nos termos seguintes: "São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento."

Porém, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que essa competência do Tribunal de Justiça para julgar o Prefeito por crimes comuns restringe-se aos delitos de competência da justiça comum estadual. Nos demais casos, a competência será do respectivo tribunal de segundo grau, ou seja, do Tribunal Regional Federal (crimes de competência da Justiça Federal) ou do Tribunal Regional Eleitoral (crimes eleitorais).

Esse entendimento restou consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no enunciado da Súmula n.° 702, nos termos seguintes: "A competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau."

Em relação aos crimes de responsabilidade, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal acima exposto, segundo o qual cabe privativamente à União definir e estabelecer as normas do respectivo processo e julgamento, aplicam-se ao Prefeito as regras estabelecidas no Decreto-lei n.° 201/1967, parcialmente recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Acontece, porém, que esse decreto-lei tipifica, impropriamente, como crimes de responsabilidade delitos comuns ou funcionais praticados pelo Prefeito, hipótese em que ele se sujeitará à aplicação de penas comuns (art. 1.°), e, também, algumas infrações político-administrativas, que poderão redundar na perda do cargo, mediante *impeachment* (art. 4.°).

Em face dessa realidade, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que na primeira hipótese (crimes de responsabilidade impróprios) o Prefeito será julgado pelo Tribunal de Justiça, enquanto que pela prática das condutas político-administrativas que poderão ensejar a perda do cargo (crimes de responsabilidade próprios) deverá ele ser responsabilizado pela Câmara Municipal.[37]

Por fim, cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a competência do Tribunal de Justiça do estado para julgar o Prefeito não lhe assegura o direito de ser julgado pelo Plenário do Tribunal de Justiça ou pelo respectivo Órgão Especial, onde houver.[38] Significa dizer que o Prefeito poderá ser processado e julgado pelos órgãos fracionários do Tribunal de Justiça, Câmaras ou Turmas.

22. PRECATÓRIOS JUDICIAIS

O art. 100 da CF estabelece a regra para o pagamento das dívidas das Fazendas Públicas decorrentes de decisões judiciais, submetendo-as ao regime dos precatórios, nos seguintes termos:

RHC 73.210/PA, rei. Min. Maurício Corrêa, 31.10.1995.
HC 73.917/MG, rei. Min. Celso de Mello, 24.09.1996.

> Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Deve-se frisar que, embora a literalidade do texto constitucional pudesse induzir a entendimento diverso, os créditos de natureza alimentícia **também** são pagos pelo Estado sob o regime dos precatórios, vale dizer, não estão eles fora do regime estabelecido pelo art. 100, *caput,* da Constituição Federal. A ressalva constitucional implica, tão-somente, a não-concorrência entre os créditos de natureza alimentícia e os demais (ordinários, de natureza não-alimentícia), sendo aqueles pagos com prioridade sobre estes, independentemente da data de apresentação dos precatórios de uns e de outros.

Repita-se, os créditos de natureza alimentícia não concorrerão com os demais créditos; haverá concorrência somente entre eles, em razão da ordem cronológica de apresentação dos precatórios. Assim, em primeiro lugar deverão ser pagos os créditos de natureza alimentícia (obedecida a ordem cronológica de sua apresentação) e, depois, os demais créditos, de natureza não-alimentícia (obedecida a ordem cronológica de sua apresentação).

Em resumo, a sistemática prevista no art. 100 da Constituição resulta na formação de duas "filas", uma só de precatórios relativos a créditos de natureza alimentícia e, outra, de precatórios relativos a créditos de natureza não-alimentícia. Cada "fila" é organizada, separadamente, com base na ordem cronológica de apresentação dos respectivos precatórios. Em qualquer caso, os precatórios da primeira "fila" devem ser pagos antes dos da segunda.

Essa interpretação do *caput* do art. 100 da Carta Política está cristalizada na Súmula n.° 655 do STF, nestes termos: "A exceção prevista no art. 100, *caput*, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza."

Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado (CF, art. 100, § l.°-A).

É importante frisar que os débitos da Fazenda Pública de que trata o *caput* do art. 100, como visto, estão, de fato, todos eles sujeitos ao regime de precatórios. Há, entretanto, no § 3.° do art. 100, uma **única hipótese** em que

deverá ser feito o pagamento direto pela Fazenda, sem seguir a sistemática de precatórios: trata-se das **obrigações de pequeno valor,** definidas em lei.

Para esse fim, leis dos diferentes entes federados - União, estados, Distrito Federal e municípios - poderão fixar valores distintos, segundo suas capacidades econômicas, ou seja, as "obrigações de pequeno valor" sujeitas a pagamento direto, sem precatórios, poderão ter valores diferentes para cada ente federado, tendo em vista suas realidades econômicas específicas (CF, art. 100, § 5.°).

Até que as leis dos respectivos entes federados estabeleçam a definição de "obrigação de pequeno valor", para o fim de pagamento direto de dívidas reconhecidas em sentença judicial transitada em julgado, a própria Constituição Federal fixou esse valor: quarenta salários-mínimos para os estados e o Distrito Federal e trinta salários-mínimos para os municípios (ADCT, art. 87).

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que os entes da federação têm liberdade para definir o valor de seus débitos de pequeno valor, o qual pode, inclusive, ser inferior ao previsto no art. 87 do ADCT. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, relator na Recl. 4.987 MC/PE, com liminar concedida em 7 de março de 2007, o § 3.° do art. 100 da Constituição assegura a autonomia das entidades federativas, de forma que estados e municípios possam adequar o sistema de pagamento de seus débitos às peculiaridades financeiras locais. O referencial de "pequeno valor", para afastamento da aplicação do sistema de precatórios, deverá ser fixado em lei do ente federado, conforme as especificidades orçamentárias de cada qual. Frisou-se, entretanto, na ocasião, que "essa autonomia do ente federativo deverá respeitar o princípio da proporcionalidade. É dizer: não poderá o Estado ou o Município estabelecer um valor demasiado além, ou aquém, do que seria o valor razoável de 'pequeno valor' conforme as suas disponibilidades financeiras. Cada caso é um caso, cujo juízo de proporcionalidade pressupõe a análise dos orçamentos de cada ente federativo."

Esse entendimento do STF - autonomia dos entes federados para fixarem, em lei própria, valores de "obrigações de pequeno valor" diferentes daqueles previstos no art. 87 do ADCT, podendo ser inferiores ou superiores, segundo critério de razoabilidade, concernente à realidade orçamentária do ente respectivo - foi reiterado em outros julgados.[39] É interessante registrar que o STF decidiu que nem mesmo precisa a definição de "pequeno valor" ser expressa em número de salários mínimos (como faz o art. 87 do ADCT), podendo ser adotado um valor fixo em reais, desde que seja um valor razoável, que atenda ao princípio da proporcionalidade, tendo em conta a realidade econômica do ente federado.

[39] ADI 2.868/PI, rei. Min. Carlos Britto, red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJ 12.11.2004; Rcl MC 2.986/SE, rei. Min. Celso de Mello, 11.03.2005; Rcl MC 4.987/PE, rei. Min. Gilmar Mendes, 07.03.2007.

Para evitar fraude à regra de que a única exceção ao sistema de precatórios são os pagamentos das "obrigações de pequeno valor", definidas em lei, o § 4.° do art. 100 proíbe a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, que pudesse acarretar o pagamento da dívida pela Fazenda, em parte, diretamente, fora do sistema de precatórios, e, em parte, mediante expedição de precatório.

Imagine-se, por exemplo, que a lei de determinado ente federado estabeleça em R$ 10.000,00 as dívidas de "pequeno valor", para efeito de pagamento direto, previsto no § 3.° do art. 100. O que a regra do § 4." **proíbe** é que, por exemplo, uma pessoa obtivesse sentença transitada em julgado reconhecendo contra esse ente federado um crédito de R$ 24.000,00, e a execução desse valor fosse fracionada, de forma que R$ 10.000,00 fossem pagos diretamente, e se expedisse um precatório com o valor restante de R$ 14.000,00.

Para dar efetividade à regra de pagamento das dívidas do Estado mediante precatórios, é obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários, apresentados até 1.° de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente (CF, art. 100, § 1.°).

Quanto a esse ponto, segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, não são devidos juros moratórios no período compreendido entre a data de expedição e a do efetivo pagamento de precatório judicial, no prazo constitucionalmente estabelecido, à vista da não-caracterização, na espécie, de inadimplemento por parte do Poder Público.[40] Nessa situação, sendo o pagamento realizado dentro do prazo constitucionalmente previsto (até 31 de dezembro do exercício seguinte), será devida apenas a atualização monetária. Só haverá incidência cumulativa de atualização monetária e juros de mora se o pagamento for realizado após o prazo constitucionalmente previsto, ou seja, após 31 de dezembro do exercício seguinte àquele em que se deu a inscrição do crédito.

As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exeqüenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e **exclusivamente** para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o **seqüestro da quantia** necessária à satisfação do débito (CF, art. 100, § 2.°).

Por força desse dispositivo constitucional, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que a **única** situação suficiente para motivar o

[40] RE 305.186/SP, rei. Min. Ilmar Galvão, 17.09.2002.

seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas constantes de precatórios é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária.[41] Com efeito, segundo o Tribunal, nenhuma outra situação autoriza o seqüestro de verbas públicas para o pagamento de precatório, por mais grave que seja, nem mesmo o atraso injustificado do pagamento ou a não-inclusão dos respectivos recursos para pagamento na lei orçamentária anual.

Em situações de não-pagamento de débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado constantes de precatórios judiciários devidamente inscritos poderá restar configurada a desobediência a ordem judicial, o que autorizará a decretação da intervenção federal, nos termos dos arts. 34, VI, e 36, II, da Constituição Federal.

Entretanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a desobediência judicial a pagamento de precatório que autoriza a intervenção é somente a dolosa, intencional, sem justificativa razoável. Por outras palavras, em razão das inúmeras prestações sociais que a Constituição impõe aos diversos entes federados, muitos deles, sobretudo os estados-membros, enfrentam efetiva falta de recursos para atender a todas elas, honrar seus outros compromissos financeiros (folha de pagamento de pessoal, gastos com previdência de seus servidores inativos, investimentos em infra-estrutura etc.) e, ainda, efetuar o pagamento das dívidas judiciais constantes de precatórios. Assim, se um estado-membro deixa de pagar os precatórios inscritos para não deixar de prestar serviços públicos essenciais à população, a ele impostos pelo ordenamento jurídico, não se pode dizer que haja uma desobediência deliberada, intencional, dolosa. Nesses casos, em que há uma justificativa razoável para o não-pagamento dos precatórios, não se caracteriza a desobediência, tornando incabivel cogitar intervenção federal no ente federado.

O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade (CF, art. 100, § 6.°).

ADI 1.662/SP, rei. Min. Maurício Corrêa, 19.09.2003.

Capítulo 12

FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 agrupou em um capítulo específico disposições acerca do que denominou "Funções Essenciais à Justiça". Sob essa rubrica, trata o texto constitucional do Ministério Público, da advocacia pública, da defensoria pública e da advocacia privada. Note-se que nenhuma dessas pessoas ou órgãos integra a estrutura do Poder Judiciário. São, como afirma o próprio texto constitucional, pessoas ou órgãos que atuam perante o Judiciário. Mais do que isso, sua atuação é imprescindível ao próprio exercício da função jurisdicional, tendo em conta, sobretudo, o fato de que o Poder Judiciário não atua de ofício, isto é, por iniciativa própria, sem provocação.

A não-atuação de ofício do Judiciário é uma importante garantia do equilíbrio entre os Poderes, um relevante mecanismo de contenção recíproca, dentre os diversos "freios e contrapesos" estabelecidos nas Constituições em geral. Deveras, o Poder Judiciário pode controlar e declarar ilegítima a atuação do Executivo, obstando ou anulando atos desse Poder; pode, até mesmo, retirar do mundo jurídico, por considerá-los inconstitucionais, atos normativos primários do Legislativo, Poder integrado pelos representantes do povo, legítimo titular da soberania do Estado.

Com todas essas prerrogativas, se tivesse o Judiciário a possibilidade de atuar de ofício, por iniciativa própria, ele seria, sem dúvida, um Poder acima dos demais, com força para paralisá-los inteiramente, a seu alvedrio.

Além disso, a exigência de provocação para que o Judiciário atue é garantia de sua imparcialidade, porquanto é evidente que o autor de uma ação

sempre tem o objetivo de alcançar determinado resultado, predeterminado, situação inteiramente incompatível com a figura de um julgador equilibrado e imparcial (literalmente, o juiz não pode ser **parte** na ação, não pode ser autor nem réu, deve manter-se eqüidistante das partes, sem o que não há como esperar uma decisão justa).

Embora o acesso à Justiça deva ser o mais amplo possível, todo o conjunto de garantias processuais, decorrentes do princípio do devido processo legal em acepção formal, torna bastante técnica a disciplina da postulação em juízo, fazendo muito improvável que se pudesse obter uma prestação jurisdicional satisfatória, equilibrada, isonômica, se qualquer pessoa, sem preparação especializada, pudesse atuar diretamente perante o Judiciário. Daí a importância da função do advogado. Nesse aspecto, particularmente relevante é assegurar defesa de qualidade aos necessitados, mormente quando acusados de crimes, papel da defensoria pública. Ademais, é desejável que existam órgãos com capacidade postulatória que atuem em juízo em defesa dos interesses gerais da população, como é o caso do Ministério Público - titular da ação penal pública e investido em diversas outras competências fundamentais para a proteção da sociedade. Também o Poder Público precisa ter quem o represente em juízo, justificando a existência de uma advocacia pública.

Passemos ao estudo das disposições constitucionais pertinentes a essas "Funções Essenciais à Justiça".

2. MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

A Constituição Federal, em plena harmonia com o sistema de "freios e contrapesos" *(checks and balances),* instituiu o Ministério Público como um órgão autônomo e independente, não subordinado a qualquer dos Poderes da República, consistindo em autêntico fiscal da nossa Federação, da separação dos Poderes, da moralidade pública, da legalidade, do regime democrático e dos direitos e garantias constitucionais.

A autonomia e independência do Ministério Público, nos termos examinados a seguir, conferem ao órgão imparcialidade na sua atuação, sem ingerência dos demais Poderes do Estado.

2.1. Composição

O Ministério Público abrange (CF, art, 128):

I - o Ministério Público da União, que compreende:

a) o Ministério Público Federal;

b) o Ministério Público do Trabalho;

c) o Ministério Público Militar;

d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II - os Ministérios Públicos dos Estados.

Dessarte, o Ministério Público da União compreende, em sua estrutura, diferentes ramos do Ministério Público (Federal, do Trabalho, Militar, além do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios).

O fato de o Ministério do Distrito Federal e Territórios integrar o Ministério Público da União justifica-se porque, por determinação constitucional, cabe à União organizar e manter esse ramo do Ministério Público (art. 21, XIII).

2.2. Posição constitucional

A Constituição Federal situa o Ministério Público em capítulo especial, fora da estrutura dos demais Poderes da República, certamente como meio de explicitar sua autonomia e independência. Conforme lição do Ministro Sepúlveda Pertence, "a colocação tópica e o conteúdo normativo da Seção revelam a renúncia, por parte do constituinte, de definir explicitamente a posição do Ministério Público entre os Poderes do Estado".[1]

Em verdade, considerando as atribuições que foram constitucionalmente conferidas ao Ministério Público, bem como a autonomia e a independência a ele asseguradas, a discussão sobre sua colocação constitucional entre os Poderes da República mostra-se uma questão menor, secundária, de interesse meramente teórico. O que importa é sua feição constitucionalmente traçada, de órgão independente, não subordinado a nenhum dos Poderes da República, sujeito apenas à Constituição e às leis.

Ainda que admitida por alguns autores sua vinculação administrativa ao Poder Executivo, o relevante é que o Ministério Público constitui órgão autônomo e independente, com funções institucionais expressas no texto da

[1] RTJ 147/129-30, citado por Alexandre de Moraes.

nossa Carta Política, no exercício das quais não pode, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, sofrer ingerência dos demais Poderes da República.

É o que leciona o Professor José Afonso da Silva, para o qual o Ministério Público é uma instituição vinculada ao Poder Executivo, mas "funcionalmente independente, cujos membros integram a categoria dos agentes políticos, e, como tal, hão de atuar com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais."

2.3. Princípios do Ministério Público

São princípios do Ministério Público, constitucionalmente expressos, a unidade, a indivisibilidade, a independência funcional e a autonomia administrativa e financeira (CF, art. 127, §§ 1.° e 2.°).

2.3.1. Princípio da unidade

A unidade do Ministério Público significa que seus membros integram um só órgão, sob única direção de um procurador-geral.

O princípio da unidade, porém, há que ser visto como "unidade dentro de cada Ministério Público". Não existe, em face do tratamento constitucional, unidade entre o Ministério Público Federal e os Ministérios Públicos dos estados, tampouco entre o Ministério Público de um estado e o de outro, e nem mesmo entre os diferentes ramos do Ministério Público da União.

2.3.2. Princípio da indivisibilidade

O princípio da indivisibilidade enuncia que os membros do Ministério Público não se vinculam aos processos em que atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros, de acordo com as regras legais, sem nenhum prejuízo para o processo.

A indivisibilidade resulta do princípio da unidade, pois o Ministério Público é uno, não podendo subdividir-se em outros Ministérios Públicos autônomos e desvinculados uns dos outros. A atuação dos membros do Ministério Público é atuação do órgão, indivisível por expressa disposição constitucional.

Da mesma forma que o princípio da unidade, a indivisibilidade também não pode ser efetivada entre os diferentes Ministérios Públicos, devendo ser compreendida como existente somente dentro de cada um deles.

2.3.3. Princípio da independência funcional

O Ministério Público é independente no exercício de suas funções, não estando subordinado a qualquer dos Poderes (Legislativo, Executivo, ou Judiciário); seus membros não se subordinam a quem quer que seja, somente à Constituição, às leis e à própria consciência.

No exercício de suas competências constitucionais, o Ministério Público não se sujeita a ordens de ninguém, de nenhum dos Poderes do Estado; seus membros não devem obediência a instruções vinculantes de nenhuma autoridade pública. Nem mesmo seus superiores hierárquicos (Procurador-Geral, por exemplo) podem impor-lhes ordens no sentido de agir desta ou daquela maneira em um determinado processo, haja vista que a relação de subordinação existente entre eles é meramente administrativa, e não funcional.

Com efeito, a hierarquia existente dentro de cada Ministério Público, dos seus membros em relação ao Procurador-Geral, é meramente administrativa, e não de ordem funcional (não concernente a sua atuação no exercício de suas competências).

2.3.4. Autonomia administrativa e financeira

A autonomia administrativa confere ao Ministério Público poderes para, observado o art. 169 da Constituição Federal, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos, bem como propor a política remuneratória e os planos de carreira. No exercício dessa autonomia, o Ministério Público elabora suas próprias folhas de pagamento; adquire bens e contrata serviços; edita atos de concessão de aposentadoria, exoneração de seus servidores etc.

A autonomia financeira outorga ao Ministério Público a competência para elaborar sua proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias,[2] podendo, ulteriormente, administrar os recursos que lhe forem destinados com plena autonomia. Essa autonomia, porém, não lhe assegura o poder de iniciativa da lei orçamentária diretamente perante o Poder Legislativo, devendo a sua proposta integrar-se ao orçamento geral que será submetido ao Poder Legislativo pelo chefe do Poder Executivo, assim, o Ministério Público não dispõe de recursos próprios, mas, na elaboração da proposta do orçamento geral, tem o poder de indicar os recursos necessários a atender às suas próprias despesas.

CF, art. 127, § 3.°.

Caso o Ministério Público não encaminhe a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias.

Se o Ministério Público encaminhar a proposta orçamentária, mas o fizer em desacordo com os limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

ademais, durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.

Por fim, vale lembrar que a autonomia do Ministério Público está assentada, também, na outorga ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais de Justiça da iniciativa de lei sobre a organização, respectivamente, do Ministério Público da União e dos estados (CF, art. 128, § 5.°). Essa iniciativa, porém, será exercida concorrentemente com o chefe do Poder Executivo, por força do art. 61, § 1.°, II, "d", da Constituição Federal.

2.3.5. Princípio do promotor natural

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já deixou assente que o princípio do promotor natural tem sede constitucional.[3]

Segundo a Corte Maior, o postulado do promotor natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela chefia da instituição, a figura do acusador de exceção. O princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu oficio, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em lei.

Conforme lição do Ministro Celso de Mello, a sede constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do promotor natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível

[3] HC 67.759/RJ, rei. Min. Celso de Mello, 06.08.1992.

da unidade institucional, não deve exercer a chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontrastável.

Desse modo, o princípio do promotor natural proíbe designações casuísticas, efetuadas pela chefia do Ministério Público, para atuação neste ou naquele processo, impedindo a existência, entre nós, da figura do "promotor de exceção". Segundo o postulado, somente o promotor natural é competente para atuar no processo, como meio de garantia da imparcialidade de sua atuação, e como garantia da própria sociedade, que terá seus interesses defendidos privativamente pelo órgão constitucional técnica e juridicamente competente.

O princípio do promotor natural impõe que o critério para a designação de um membro do Ministério Público para atuar em uma determinada causa seja abstrato e pré-determinado, que seja baseado em regras objetivas e gerais, aplicáveis a todos os que se encontrem nas situações nelas descritas, não podendo a chefia do Ministério Público realizar designações arbitrárias, decididas caso a caso, tampouco determinar a substituição de um promotor por outro, fora das hipóteses expressamente previstas em lei.

2.4. Funções do Ministério Público

A vigente Constituição ampliou significativamente o rol de funções do Ministério Público, erigindo-o em autêntico defensor da sociedade, nas esferas penal e cível, e incumbindo-o de zelar pela moralidade e probidade administrativas.

Nos expressos termos da Constituição Federal, são funções institucionais do Ministério Público (art. 129):

> I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
>
> II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
>
> III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
>
> IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
>
> V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

> VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
>
> VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
>
> VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
>
> IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Essa enumeração de competências, como claramente deflui do inciso IX, acima transcrito, não é exaustiva, podendo outras competências ser outorgadas ao Ministério Público pelo legislador, desde que sejam compatíveis com a missão constitucional do órgão.

Ao Ministério Público é vedada a atuação como representante judicial ou consultor jurídico de quaisquer entidades públicas.

O Ministério Público dispõe de capacidade postulatória. Suas competências incluem, dentre outras, promover o inquérito civil, a ação penal pública e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e homogêneos. Examinaremos a ação civil pública em tópico específico, adiante.

Em que pese a existência de divergência doutrinária sobre o delineamento das espécies de interesses mencionadas no parágrafo anterior - interesses difusos, coletivos e homogêneos -, apresentamos a seguir breves noções sobre eles, a partir de orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF, RE 163.231, Rei. Min. Maurício Corrêa, 29.06.2001).

Interesses **difusos** são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato. A indeterminação dos seus titulares é a característica fundamental desses interesses.

Interesses **coletivos** são aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. A determinação é a característica fundamental desses interesses.

Interesses **homogêneos** são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n.° 8.078/1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. As mensalidades escolares são exemplo dessa categoria - representam interesses homogêneos de origem comum, subespécies de interesses coletivos - e, como tais, podem ser impugnadas pelo Ministério Público em sede de ação civil pública, quando ilegais ou abusivas.

Quanto à competência para promover, privativamente, a ação penal pública, é relevante observar que o Supremo Tribunal Federal possui farta jurisprudência reconhecendo que essa atuação do Ministério Público **não** pressupõe a instauração prévia de inquérito policial, **não** depende de prévias investigações penais promovidas pela polícia judiciária. Por outras palavras, o Ministério Público, como titular privativo da ação penal pública (ressalvada a hipótese de cabimento da ação penal privada subsidiária da pública, em face de inércia indevida do *Parquet* - CF, art. 5.°, LIX), pode oferecer a denúncia diretamente, sem que tenha havido, previamente, inquérito policial, contanto que, desde logo, disponha de elementos mínimos de informação, seja evidente a materialidade do fato alegadamente delituoso e estejam presentes indícios de sua autoria.[4]

A Constituição Federal determina que as funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição. Determina, também, que a distribuição de processos no Ministério Público será imediata.[5]

2.5. Ingresso na carreira

O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.

O Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou o conceito de "atividade jurídica", determinando que se considera atividade jurídica aquela desempenhada exclusivamente após a obtenção do grau de bacharel em direito, e exercida por ocupante de cargo, emprego ou função, inclusive de magistério superior, nos quais prepondere a interpretação e aplicação de normas jurídicas.[6]

O Conselho Nacional do Ministério Público fixou, ainda, que a exigência do período de três anos de atividade jurídica deverá ser comprovada no ato da inscrição definitiva do concurso, por intermédio de documentos e certidões que demonstrem efetivamente o seu exercício no triênio exigido.

[4] São exemplos, dentre muitos outros: RTJ 76/741, rei. Min. Cunha Peixoto; Al AgR 266.214/SP, rei. Min. Sepúlveda Pertence; HC 63.213/SP, rei. Min. Néri da Silveira; HC 77.770/SC, rei. Min. Néri da Silveira; RHC 62.300/RJ, rei. Min. Aldir Passarinho; RTJ 101/571, rei. Min. Moreira Alves; HC 80.405/SP, rei. Min. Celso de Mello.

[5] CF, art. 129, §§ 2.° e 5.°.

[6] Resolução n.° 4, de 20.02.2006.

2.6. Nomeação dos Procuradores-Gerais

A forma de nomeação do chefe do Ministério Público - seja do Ministério Público da União (Procurador-Geral da República), seja dos Ministérios Públicos dos estados (Procurador-Geral de Justiça) - consubstancia mais uma garantia da instituição, pois as regras constitucionalmente estabelecidas garantem a ele a necessária imparcialidade para o exercício de suas atribuições.

O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República entre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após aprovação do seu nome pela maioria absoluta do Senado Federal. A nomeação é para o exercício de mandato de dois anos, permitidas sucessivas reconduções. Porém, em cada recondução, haverá a necessidade de nova aprovação do Senado Federal, sempre por maioria absoluta (não há limite para o número de reconduções). A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

Conforme vimos, o Ministério Público da União é chefiado pelo Procurador-Geral da República e compreende quatro diferentes ramos, a saber: o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Cabe esclarecer que, embora o Procurador-Geral da República seja o chefe do Ministério Público da União, ele não chefia todos os ramos desse Ministério Público, pois três deles dispõem de chefia própria. Com efeito, dentre os quatro ramos do Ministério Público da União, somente o Ministério Público Federal - MPF é também chefiado pelo Procurador-Geral da República. Assim, o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público Militar têm Procurador-Geral próprio, nomeados pelo Procurador-Geral da República, na forma estabelecida em lei complementar (Procurador-Geral do Trabalho e Procurador-Geral de Justiça Militar, respectivamente).

Por sua vez, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios é chefiado pelo Procurador-Geral de Justiça, nomeado pelo Presidente da República, a partir de lista tríplice elaborada pelo respectivo Ministério Público, dentre integrantes da carreira, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

Observe-se que o Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios não é nomeado pelo Procurador-Geral da República (como acontece com os Procuradores-Gerais do Trabalho e da Justiça Militar), tampouco pelo Governador do Distrito Federal (como acontece com os Procuradores-Gerais de Justiça nos estados, que são nomeados pelos respectivos Governadores). A sua nomeação é feita pelo Presidente da República, tendo em vista que, no Distrito Federal, compete à União organizar e manter o Ministério Público

(CF, art. 21, XIII). Da mesma forma, sua destituição, se for o caso, não será por deliberação da maioria absoluta da Câmara Legislativa do Distrito Federal, mas sim por deliberação da maioria absoluta do Senado Federal.

A nomeação do Procurador-Geral de Justiça nos estados também obedece à regra constitucionalmente prevista, segundo a qual os Ministérios Públicos dos estados formarão lista tríplice entre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução (art. 128, § 3.°).

Anote-se que, na nomeação do Procurador-Geral de Justiça nos Estados, há duas diferenças em relação à nomeação do Procurador-Geral da República: (i) a não participação do Poder Legislativo estadual na escolha e nomeação do Procurador-Geral de Justiça (na nomeação do Procurador-Geral da República há participação obrigatória do Senado Federal); e (ii) a permissão para apenas uma recondução do Procurador-Geral de Justiça (o Procurador-Geral da República pode ser reconduzido no cargo indeterminadamente, desde que haja aprovação do Senado Federal).

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é inconstitucional regra da Constituição estadual que condicione a nomeação do Procurador-Geral de Justiça à prévia aprovação do Poder Legislativo local (Assembléia Legislativa), por consagrar critério discrepante do estabelecido no art. 128, § 3.°, da Carta Federal e do princípio da independência e harmonia dos Poderes.[7]

Os Procuradores-Gerais nos Estados poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta da Assembléia Legislativa, na forma da lei complementar respectiva (CF, art. 128, § 4.[0]).[8]

Observa-se que, apesar de não ser constitucionalmente permitida a participação da Assembléia Legislativa no processo de nomeação do Procurador-Geral de Justiça no estado, a destituição destes somente poderá ser efetivada por aprovação dessa Casa Legislativa, por deliberação de maioria absoluta.

2.7. Garantias dos membros

São garantias constitucionais dos membros do Ministério Público: a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio (CF, art. 128, § 5.°).

[7] ADI 1.506/SE, rei. Min. limar Galvão, 09.09.1999.

[8] A destituição é o afastamento compulsório do Procurador-Geral, antes de vencido o prazo normal de duração do mandato.

Os membros do Ministério Público adquirem vitaliciedade após **dois anos** de efetivo exercício na carreira, mediante aprovação em concurso de provas e títulos, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado.

Uma vez no cargo, os membros do Ministério Público somente podem ser removidos ou promovidos por iniciativa própria, e não de ofício, isto é, não por iniciativa de qualquer autoridade, salvo em uma única exceção: por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa.

O subsídio dos membros do Ministério Público é irredutível. Essa irredutibilidade é nominal, não real, e não impede a incidência ou o aumento de tributos sobre o valor do subsídio.

2.8. Vedações constitucionais

É vedado ao membro do Ministério Público (CF, art. 128, § 5.°, II):

a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;

b) exercer a advocacia;

c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;

d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;

e) exercer atividade político-partidária;

f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

Com a promulgação da Emenda Constitucional n.° 45/2004, a vedação ao exercício de atividade político-partidária passou a ter natureza absoluta, não comportando mais qualquer exceção. Significa dizer que a inelegibilidade do membro do Ministério Público passou a ser absoluta, assim como sempre foi a dos membros do Poder Judiciário. Com isso, os membros do Ministério Público não poderão mais filiar-se a partido político, tampouco disputar qualquer mandato eletivo, exceto se optarem pela exoneração ou aposentadoria do cargo.

Esclarecemos que o Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou essa vedação, dispondo que ela só se aplica aos membros do Mi-

nistério Público que ingressarem na carreira após a publicação da Emenda Constitucional n.° 45/2004.[9]

Aos membros do Ministério Público também é vedado exercer a advocacia no juízo ou tribunal em que desempenhava suas funções, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração (CF, art. 128, § 6.°).

2.9. Conselho Nacional do Ministério Público

A Emenda Constitucional n.° 45/2004 criou o Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, ao qual compete o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo (CF, art. 130-A):

> I - o Procurador-Geral da República, que o preside;
>
> II - quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras;
>
> III - três membros do Ministério Público dos Estados;
>
> IV - dois juizes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça;
>
> V - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
>
> VI - dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.O mandato de tais membros é de dois anos, admitida apenas uma recondução sucessiva.

Estabelece a Constituição que o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB oficiará junto ao Conselho. Destarte, ele não poderá ser membro do Conselho como representante indicado pela OAB, apenas terá direito a oficiar perante o órgão.

Na sua missão de controlar a atuação administrativa e financeira do Ministério Público e o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, compete ao Conselho Nacional do Ministério Público (CF, art. 130-A, § 2.°):

[9] Resolução n.° 5, de 20.03.2006.

> I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;
>
> II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;
>
> III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;
>
> IV - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;
>
> V - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI.

O Conselho será presidido pelo Procurador-Geral da República e deverá escolher, em votação secreta, um corregedor nacional, dentre os membros do Ministério Público que o integram, vedada a recondução, competindo a esse corregedor, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes (CF, art. 130-A, § 3.°):

> I - receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares;
>
> II - exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral;
>
> III - requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público.

Para assegurar maior efetividade à atuação do Conselho, determina a Constituição que leis da União e dos Estados deverão criar ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de

qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público.

2.10. Ministério Público junto aos tribunais de contas

A Constituição Federal prevê a existência de um Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, devendo ser aplicados aos membros desse Ministério Público os direitos, vedações e forma de investidura previstos para os demais membros do Ministério Público (art. 130).

Houve grande controvérsia sobre a posição constitucional desse Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União: estaria ele dentro da estrutura do Ministério Público da União, sob a chefia do Procurador-Geral da República, ou integraria ele a estrutura do próprio Tribunal de Contas da União, sem nenhum vínculo com o Ministério Público da União?

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que **o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União é instituição que não integra o Ministério Público da União,** cujos ramos foram taxativamente enumerados no art. 128, inciso I, da Carta Política. Portanto, prevaleceu a tese de que aquele Ministério Público é vinculado administrativamente ao próprio Tribunal de Contas da União.[10]

Em consonância com essa orientação, deixou assente o STF que cabe ao próprio Tribunal de Contas da União a iniciativa de lei sobre a organização do Ministério Público que junto a ele atua, matéria que poderá ser veiculada em lei ordinária, visto que a iniciativa do respectivo Procurador-Geral e a exigência de lei complementar, previstas no art. 128, 5.°, da Constituição, só se aplicam aos ramos do Ministério Público comum, enumerados nos incisos I e II do art. 128 da Carta Política.

Vale notar que o citado art. 130 da Constituição refere-se, genericamente, à existência de "Ministério Público junto aos Tribunais de Contas", ou seja, a norma não se restringe ao Tribunal de Contas da União. O Supremo Tribunal Federal entende - tendo em vista o fato de o art. 75 da Constituição determinar a aplicação, no que couber, aos Tribunais de Contas dos estados das normas de organização e composição do Tribunal de Contas da União - que **o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas dos estados não pode pertencer ao Ministério Público comum** (dos estados), mas deve, obrigatoriamente, constituir órgão diverso, diretamente vinculado ao respectivo Tribunal de Contas."

[10] ADI 892/RS, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 18.03.2002.

" "Não se reveste de legitimidade constitucional a participação do Ministério Público comum perante os Tribunais de Contas dos Estados, pois essa participação e atuação acham-se

Dessa forma, temos que o modelo federal - o Ministério Público que atua junto ao Tribunal de Contas da União integra essa própria Corte de Contas, e sua organização será por meio de lei ordinária federal, de iniciativa privativa do Tribunal de Contas da União perante o Congresso Nacional - é aplicável ao Ministério Público que atua junto aos Tribunais de Contas dos estados, fazendo-se as devidas adequações. Por exemplo, o Ministério Público que atua junto ao Tribunal de Contas do Estado do Paraná integra esta Corte de Contas (e não o Ministério Público estadual), sua organização será por meio de lei ordinária (e não por meio de lei complementar) e a iniciativa dessa lei ordinária, perante a Assembléia Legislativa, é privativa do Tribunal de Contas do Estado do Paraná (e não concorrente entre o Governador e o Procurador-Geral de Justiça, como ocorre com o Ministério Público do Estado).

2.11. Prerrogativa de foro

Os membros do Ministério Público são processados e julgados, originariamente, por certos tribunais do Poder Judiciário, garantia que consubstancia a denominada prerrogativa de foro, a eles outorgada em homenagem à plena autonomia funcional que deve ser assegurada no desempenho de suas atribuições constitucionais.

O Procurador-Geral da República é processado e julgado, originariamente, pelo Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, e pelo Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

Os membros do Conselho Nacional do Ministério Público são julgados pelo Senado Federal, nos crimes de responsabilidade. Nos crimes comuns, cada membro do Conselho Nacional do Ministério Público responderá perante seu respectivo foro, de acordo com a função por ele ordinariamente exercida, se houver. Assim, o Procurador-Geral da República, membro-presidente do Conselho, responderá, nos crimes comuns, perante o Supremo Tribunal Federal. Já os cidadãos, membros do Conselho indicados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, responderão perante a justiça comum, salvo se o cidadão indicado for autoridade detentora de foro especial em razão do exercício de outra função pública.

Os membros do Ministério Público da União que atuam perante os Tribunais do Poder Judiciário e, também, os membros dos Ministérios Públicos estaduais que atuam perante os Tribunais de Justiça são processados e julgados pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ.

constitucionalmente reservadas aos membros integrantes do Ministério Público especial, a que se refere a própria Lei Fundamental da República" (STF, ADI 2.884/RJ, rei. Min. Celso de Mello, 02.12.2004).

Os membros do Ministério Público da União - inclusive os membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, ramo do Ministério Público da União - que atuam perante os juízos de primeiro grau são julgados pelo respectivo Tribunal Regional Federal - TRF.

Os membros dos Ministérios Públicos estaduais que atuam perante os juízos de primeiro grau são julgados pelo respectivo Tribunal de Justiça - TJ.

2.12. Ação civil pública

2.12.1. Introdução

Como já analisado, a ação civil pública encontra-se expressamente prevista na Constituição da República, figurando sua propositura como uma das mais relevantes funções institucionais do Ministério Público.

A disciplina legal da ação civil pública é estabelecida na Lei n.° 7.347/1985.[12]

O crescente reconhecimento da importância dos grupos sociais na sociedade contemporânea - os quais constituem verdadeiros "corpos intermediários", situados entre o ser humano, individualmente considerado, e o Estado - tem como corolário o aperfeiçoamento das chamadas ações coletivas, para a proteção dos interesses desses grupos.

É exatamente seguindo essa orientação que surge, e a partir da Carta de 1988 avulta em importância, a ação civil pública, como ação especial, destinada a proteger certos direitos difusos antes não especificamente amparados pelas ações existentes.

Celso Antônio Bandeira de Mello, com a maestria habitual, ensina que:

> A ação civil pública - a que alude o art. 129, III, da Constituição, reportando à competência do Ministério Público para promovê-la - *é* um instrumento utilizável, cautelarmente, para evitar danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico, ou, então, para promover a responsabilidade de quem haja causado lesão a estes mesmos bens.

[12] Além desta, existem leis especiais que cuidam da ação civil pública no âmbito do mercado de capitais (Lei n.° 7.913/1989); na defesa do consumidor (Lei n.° 8.078/1990); na defesa da criança e do adolescente (Lei n.° 8.069/1990); nas infrações da ordem econômica e da economia popular (Lei n.° 8.884/1994). Nesses casos, aplica-se precipuamente a respectiva lei especial e, subsidiariamente, no que couber, a Lei da Ação Civil Pública geral (Lei n.° 7.347/1985).

Interesses difusos podem ser conceituados como aqueles dispersos por toda a comunidade, e que apenas à comunidade, como um todo, dizem respeito. São necessidades comuns a uma pluralidade de indivíduos, que somente podem ser satisfeitas numa perspectiva comunitária. É o caso da defesa do meio ambiente, da defesa do patrimônio histórico, da proteção do consumidor etc.

A ação civil pública é, em suma, mais uma ação de natureza coletiva que, ao lado do mandado de segurança coletivo e da ação popular, se destina à defesa de interesses de grupos sociais.

2.12.2. Objeto da ação civil pública

A ação civil pública originalmente possuía um campo de aplicação bastante restrito, abrangendo a proteção de apenas alguns interesses taxativamente enumerados no texto legal.

Ulteriormente, no entanto, a legislação ampliou significativamente seu espectro de proteção, permitindo que sejam tutelados por meio da ação civil pública:

a) os interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos relativos ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

b) outros interesses difusos ou coletivos (aqui, nesse campo genérico, não se incluem os interesses individuais homogêneos).

Leis posteriores ampliaram ainda mais o alcance da ação civil pública, que passou a ser instrumento para a defesa dos deficientes físicos; dos investidores no mercado de capitais; da ordem econômica e economia popular; e das crianças e adolescentes.

Vale frisar que o ajuizamento da ação civil pública **não** impede a propositura de ações individuais sobre o mesmo objeto, nem gera litispendência.

2.12.3. Restrições ao uso da ação civil pública

Não podemos deixar de anotar que, atualmente, existe uma tendência à utilização generalizada e indiscriminada da ação civil pública. Essa constatação é sobremaneira preocupante, uma vez que a doutrina há muito reconhece que "a generalização no uso de um instituto jurídico leva à sua menor eficiência" (Amoldo Wald).

Com efeito, o uso generalizado e indiscriminado da ação civil pública, na tentativa (ainda que quase sempre bem intencionada) de se albergar sob o

seu manto direitos patentemente não enquadráveis como difusos ou coletivos, tende a enfraquecê-la, pois sua conseqüência é a tendência à limitação legal ou jurisprudencial do alcance da ação, como reação aos excessos verificados.

A esse respeito, algumas orientações do Supremo Tribunal Federal merecem destaque, e serão a seguir comentadas: (i) a vedação à propositura de ação civil pública com base na eqüidade (fora dos casos expressamente previstos em lei); (ii) a não aplicação da ação civil pública em matéria tributária; e (iii) a impossibilidade de utilização da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade.

Quanto à vedação ao uso da ação civil pública sob o fundamento de emprego da eqüidade, já decidiu o STF que essa ação só é cabível para tutela dos interesses e direitos expressamente previstos em lei, aplicando-se a ela o princípio do *numerus clausus* (ou da taxatividade). Em suma, segundo a Corte Constitucional, **não cabe ajuizamento de ação civil pública baseada na eqüidade,** para hipóteses não previstas em lei.

O segundo ponto de grande relevância concerne à impossibilidade de uso da ação civil pública para atacar leis ou atos normativos, que instituam ou disciplinem tributos, cuja constitucionalidade seja duvidosa.

É firme a orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o Ministério Público **não** tem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública com a finalidade de declarar a inconstitucionalidade de tributos e obter a restituição dos valores indevidamente pagos. Em se tratando de tributo acoimado de inconstitucional, o meio idôneo para o controle da constitucionalidade da respectiva lei é a ação direta de inconstitucionalidade - ADI, prevista no art. 102, I, "a", da Carta Política.

Ademais, de forma mais ampla, o STF já deixou assente que a ação civil pública não pode ser utilizada como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, para o controle de constitucionalidade, em tese, de leis e atos normativos, pois nesse caso estaria havendo usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal pelos juízos inferiores.

Cabe ressaltar, entretanto, que é legítima a utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não se identifique como objeto único da demanda, mas simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.[13] Esse controle incidental em sede de ação civil pública, como em outras ações, pode ter por objeto leis federais, estaduais, distritais ou municipais.

[13] RE 424.993/DF, rei. Min. Joaquim Barbosa, 12.09.2007.

0 Prof. Alexandre de Moraes cita um bom exemplo de utilização da ação civil pública como meio de controle de constitucionalidade difuso, nos seguintes termos:

> O Ministério Público ajuíza uma ação civil pública, em defesa do patrimônio público, para anulação de uma licitação baseada em lei municipal incompatível com o art. 37 da Constituição Federal. O juiz ou tribunal - CF, art. 97 - poderão declarar, no caso concreto, a inconstitucionalidade da citada lei municipal, e anular a licitação objeto da ação civil pública, sempre com *efeitos somente para as partes e naquele caso concreto.*

2.12.4. Partes na ação civil pública

Podem propor ação civil pública (sujeitos **ativos):**

1 - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Na sujeição passiva, podem figurar todos os responsáveis pelas situações ou fatos ensejadores da ação (danos ao meio ambiente, ao consumidor etc), sejam pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as estatais, da Administração direta e indireta.

2.72.5. *Atuação do Ministério Público na ação civil pública*

A promoção da ação civil pública é uma das funções institucionais do Ministério Público, ocupando o *Parquet* posição privilegiada no seu processo, conforme abaixo se demonstra:

a) é um dos legitimados para o ajuizamento da ação;

b) se a ação não for por ele proposta, atuará como parte autônoma, zelando pela regularidade do processo e pela correta aplicação da lei;

c) se houver desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, deverá assumir a titularidade ativa;

d) se, decorridos 60 (sessenta) dias da sentença condenatória, a associação autora da ação não promover a execução, é sua obrigação fazê-lo;

e) está isento de custas e honorários advocatícios (ônus de sucumbência) no caso de improcedência da ação civil pública por ele proposta;

É admitida a formação de litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, dos estados e do Distrito Federal na ação civil pública.

Ademais, qualquer pessoa **poderá** e o servidor público **deverá** provocar a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil pública, indicando-lhe os elementos de convicção.

De igual modo, os juizes e tribunais que, no exercício de suas funções, tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil pública, deverão remeter peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Evidentemente, o Ministério Público não está obrigado, nessas hipóteses, a propor a ação civil pública. Se o *Parquet* se convencer da inexistência de fundamento para o ajuizamento da ação, promoverá o arquivamento dos autos, do inquérito civil ou das peças informativas recebidas, fazendo-o motivadamente e remetendo sua manifestação ao Conselho Superior do Ministério Público, para a deliberação definitiva sobre o arquivamento.

Entretanto, ajuizada a ação civil pública, dela **não pode desistir** o Ministério Público, por ser indisponível o seu objeto. Poderá, porém, diante das provas produzidas no curso do processo, opinar ao final pela improcedência da ação.

2.12.6. Responsabilidade do réu

Na ação civil pública, o réu tem **responsabilidade objetiva** perante danos causados ao meio ambiente.

Significa dizer que o poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente.

Em face dessa responsabilidade objetiva, o autor da ação civil pública não precisa demonstrar culpa ou dolo na conduta danosa do réu. É suficiente que fique evidenciado o nexo de causalidade entre a ação (ou omissão) do réu e o dano causado ao bem que se visa a proteger.

Desse modo, a defesa do réu na ação civil pública é restrita à demonstração: (a) de que não foi ele o responsável pela prática do ato ou pelo fato lesivo; (b) de que a ocorrência não é lesiva ao meio ambiente; (c) de que não houve a conduta impugnada.

2.12.7. Sentença

A sentença na ação civil pública condenará o réu ao pagamento em **dinheiro** ou à obrigação de **fazer** ou **não fazer.**

Comungamos com Hely Lopes Meirelles a opinião de que a sentença que melhor se coaduna com a natureza da ação civil pública é aquela que impõe a obrigação de **fazer** ou **não fazer,** haja vista sua precípua finalidade, que é obstar ou reparar a lesão ao bem jurídico. Para o citado mestre:

> Esta imposição judicial de fazer ou não fazer é mais racional que a condenação pecuniária, porque, na maioria dos casos, o interesse público é mais o de obstar a agressão ao meio ambiente ou obter a reparação direta *in specie* do dano do que de receber qualquer quantia em dinheiro para sua recomposição, mesmo porque quase sempre a consumação da lesão ambiental é irreparável, como ocorre no desmatamento de uma floresta natural, na destruição de um bem histórico, artístico ou paisagístico, assim como envenenamento de um manancial, com a mortandade da fauna aquática.

A sentença proferida na ação civil pública aplica-se em todo o território de jurisdição do juiz prolator da sentença, conforme sua competência territorial.

2.12.8. Inquérito civil e ação civil pública

Estabelece a Carta da República que é função institucional do Ministério Público promover o **inquérito civil** e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III).

O inquérito civil e a ação civil pública são institutos distintos, embora guardem relação entre si, conforme explicitado a seguir.

O inquérito civil é procedimento meramente **administrativo,** de natureza pré-processual, que se realiza extrajudicialmente, no âmbito do Ministério Público.

Em verdade, o inquérito civil é um **procedimento administrativo preparatório,** que tem por objeto coligir provas e quaisquer outros elementos de

convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. É um meio, **facultativo,** de viabilizar o exercício da ação civil pública, evitando-se a propositura de eventuais ações temerárias.

No curso do inquérito civil, há possibilidade de uma melhor análise dos elementos e provas apontados como fundamento para a propositura da ação civil pública. Permite que o Ministério Público avalie bem a conveniência ou não da propositura da ação civil.

A instauração do inquérito civil **não** obrigará o Ministério Público a ajuizar a ação civil pública. Concluído o inquérito civil, desde que lhe pareçam insuficientes as provas e demais elementos de convicção coligidos, poderá decidir pela não propositura da ação civil pública, determinando o seu arquivamento.

A instauração do inquérito civil é **facultativa; não** constitui ele pressuposto para o ajuizamento da ação civil pública. Ainda, a existência de inquérito civil, ou mesmo o seu arquivamento, **não** obsta o ajuizamento da ação civil pública pelos demais titulares ativos (associações e entidades estatais).

Em suma, podemos enumerar como características do inquérito civil: procedimento administrativo, natureza instrumental, pré-processual, facultativo.

2.72.9. *Ação civil pública e ação popular*

Embora sejam ações de natureza coletiva, e possa ocorrer de um mesmo fato ensejar a propositura da ação popular e o ajuizamento da ação civil pública, as finalidades dessas ações são distintas, e há entre elas dessemelhanças que merecem ser estudadas.

A primeira diz respeito à **legitimidade ativa,** que na ação popular é outorgada, privativamente, ao **cidadão,** ao passo que na ação civil pública pertence ao Ministério Público, entidades estatais e associações que atuam na defesa dos interesses por ela tutelados.

A segunda diz respeito à **natureza da sentença** proferida pelo magistrado.

Na **ação popular,** a sentença é preponderantemente **desconstitutiva** e apenas **subsidiariamente condenatória,** porquanto o dever de reparar o dano só surge com a desconstituição do ato ou contrato impugnado.

Na **ação civil pública,** a sentença é preponderantemente **condenatória** - em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer -, até porque, na maioria das vezes, a desconstituição do dano causado não é possível (a poluição de um rio, com a conseqüente morte de milhares de peixes e outros animais aquáticos, por exemplo, não pode ser desconstituída).

Por esse motivo, podemos ter a concomitância de ação popular e ação civil pública relativamente ao mesmo fato, vale dizer, a proposirura de ação civil pública **não** exclui a ação popular.[14]

Vale registrar, todavia, que a jurisprudência tem se firmado no sentido de que não cabe ação civil pública com pedido típico de ação popular, e vice-versa.

3. ADVOCACIA PÚBLICA

A Advocacia-Geral da União foi criada com o fim de afastar de vez do Ministério Público Federal a função de advocacia da União, regime que vigorava na vigência da Constituição pretérita. Com efeito, sob a égide da Constituição de 1969, os membros do Ministério Público Federal ora desempenhavam a sua função típica, ora atuavam como Procuradores da República no exercício da advocacia da União, vale dizer, como advogados representantes da União.

A vigente Constituição, acertadamente, acabou com essa dualidade de função do Ministério Público, criando a Advocacia-Geral da União, à qual cabe, diretamente ou por meio de órgão vinculado, representar a União, judicial e extrajudicialmente, bem como prestar as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo (CF, art. 131).

Note-se que são duas funções distintas. Pela primeira, a Advocacia-Geral da União representa, judicial e extrajudicialmente, a União, aqui englobando seus diversos órgãos, nos três Poderes da República, e não só o Poder Executivo. Pela outra, cabe-lhe prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo federal (esta última atribuição, insista-se, só alcança o Poder Executivo federal).

A Advocacia-Geral da União é chefiada pelo Advogado-Geral da União, cargo de livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República, entre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

O Advogado-Geral da União dispõe de *status* de Ministro de Estado, inclusive para o fim de foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal. Assim, será ele julgado pelo Senado Federal, nos crimes de responsabilidade, e pelo Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns.[15]

[14] O art. 1.° da Lei n.° 7.347/1985 dispõe, expressamente, que a ação civil pública não afasta a ação popular.

[15] CF, arts. 52, II, e 102, I, "c".

Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Gcral da Fazenda Nacional, órgão da estrutura administrativa do Ministério da Fazenda.

Os procuradores dos estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas (CF, art. 132).

Aos procuradores dos estados e do Distrito Federal é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Especificamente no tocante à atuação dos **advogados públicos,** o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o fato de emitirem pareceres jurídicos que subsidiarão a tomada de decisão pelos administradores públicos não autoriza a sua responsabilização solidária com estes pela prática do ato administrativo, salvo na hipótese de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido amplo.[16]

Assim é porque, para a Corte Excelsa, o parecer da advocacia pública não é ato administrativo propriamente dito, mas sim ato de "administração consultiva", que visa, tão-somente, a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem posteriormente adotadas mediante atos de administração ativa.

Por exemplo, se um advogado público emite parecer favorável à contratação de certo serviço sem a realização de licitação pública, por entender que se trata de hipótese de inexigibilidade, não poderá ser ulteriormente responsabilizado solidariamente com o administrador pelo ato de contratação, salvo se ficar demonstrado que houve erro grave, inescusável, na emissão do parecer, ou ficar demonstrada atuação dolosa ou culposa do advogado público.

4. ADVOCACIA

Estabelece a Constituição que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (CF, art. 133).

Esse dispositivo constitucional consagra duas regras especiais aplicáveis aos advogados, no desempenho de suas funções: (a) o princípio da indispensabilidade do advogado; (b) a imunidade do advogado.

[16] MS 24.073-3/DF, rei. Carlos Velloso, 06.11.2002.

O princípio da indispensabilidade da intervenção exige a subscrição de advogado habilitado profissionalmente, mediante inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil OAB, para a postulação em juízo. Essa exigência, porém, não é absoluta, pois a lei poderá, em situações excepcionais, afastar a obrigatoriedade de assistência advocatícia, como ocorre no caso da impetração de *habeas corpus* e na revisão criminal. Nessas duas situações - *habeas corpus* e revisão criminal - a postulação em juízo independe de subscrição de advogado.

Registre-se, também, que a Lei n.° 10.259/2001, instituidora dos juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal, em seu art. 10, estabelece que "as partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou **não".**

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.168/DF, rei. Min. Joaquim Barbosa, em 08.06.2006, na qual se impugnava esse dispositivo, declarou constitucional a previsão de atuação sem intervenção de advogado nas causas de competência dos juizados especiais **cíveis.** Entendeu a Corte Suprema que a faculdade de constituir ou não advogado nas causas de competência dos juizados especiais federais **cíveis** não ofende a Constituição, configurando hipótese de exceção à indispensabilidade de advogado, legitimamente estabelecida em lei, com o escopo de ampliar o acesso à justiça.

No entanto, frise-se, no que respeita aos processos **criminais,** considerou-se que, em homenagem ao princípio da ampla defesa, é imperativo o comparecimento do réu ao processo devidamente acompanhado de profissional habilitado a oferecer-lhe defesa técnica de qualidade: advogado inscrito nos quadros da OAB ou defensor público. Assim, o STF decidiu que é inconstitucional a aplicação do art. 10 da Lei n.° 10.259/2001 aos juizados especiais federais **criminais.**

Em suma, ao lado das duas hipóteses de exceção à indispensabilidade de advogado, acima apontadas - *habeas corpus* e revisão criminal -, devemos acrescentar as ações postuladas perante os juizados especiais cíveis.

A garantia da imunidade do advogado lhe assegura a inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. Não se trata de privilégio do profissional em si, mas sim garantia ao exercício da profissão e, também, representa importante garantia ao próprio cliente, que muitas vezes confia ao seu advogado documentos e testemunhos que necessitam de proteção e sigilo perante terceiros.

Essa imunidade, porém, não é absoluta, devendo obedecer aos limites estabelecidos em lei. Assim, a inviolabilidade circunscreve-se às manifestações e à prática de atos vinculados ao efetivo e regular exercício da profissão, sendo absolutamente descabida a sua invocação quando as ofensas expedidas pelo advogado forem gratuitas, fora dos limites da causa e sem pertinência com o estrito exercício da atividade profissional.

Por fim, cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal considerou válida disposição legal que assegura aos advogados que tenham recebido ordem de prisão o direito a prisão especial (recolhimento em sala de Estado Maior ou em prisão domiciliar, na falta da primeira) até o trânsito em julgado de decisão condenatória,[17] bem como o direito a isenção do pagamento obrigatório de contribuição sindical para os advogados que já pagam a contribuição anual à Ordem dos Advogados do Brasil.[18]

5. DEFENSORIA PÚBLICA

A Constituição consagra, como direito individual, a prestação estatal de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5.°, LXXIV).

Complementando esse dispositivo, determina o art. 134 da Constituição que a defensoria pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5.°, LXXIV.

Com essas disposições, pretende o legislador constituinte conferir maior efetividade ao princípio da igualdade das condições de acesso à Justiça, assegurando aos necessitados o exercício dos direitos de ação e de defesa protegidos na Constituição.

Em respeito a essa relevante atribuição constitucional - assistência, em todos os graus, aos que comprovarem insuficiência de recursos -, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que não pode ser outorgada às defensorias públicas a atribuição de prestar assistência judicial a servidores públicos, quando processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais. Entendeu a Corte Excelsa que conferir tal atribuição às defensorias públicas acabaria comprometendo a sua finalidade constitucional (artigo 134, *caput),* que é a de dar orientação jurídica e defesa, em todos os graus, aos necessitados.[19]

Como à data da promulgação da Constituição Federal de 1988 não havia defensoria pública (esse órgão é criação da "Constituição Cidadã"), o texto constitucional determinou que o Congresso Nacional editasse uma lei complementar para organizar a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e, também, para prescrever normas gerais para sua organização nos estados (art. 134, § l.°).[20]

[17] RCL 4.535 e 4.733, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 07.05.2007.
[18] ADI 2.522, rei. Min. Eros Grau, 09.06.2006.
[19] ADI 3.022, rei. Min. Joaquim Barbosa, 02.08.2004.
[20] Por força desse comando constitucional, foi editada a Lei Complementar n.° 80/1994.

As Defensorias Públicas serão organizadas em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais (CF, art. 134, § 1.º).

A Emenda Constitucional n.° 45/2004 trouxe regra de fortalecimento da autonomia das defensorias públicas estaduais, assegurando-lhes autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.[21] Essa ampliação da autonomia administrativa e orçamentária, porém, só foi conferida às defensorias públicas estaduais, não alcançando a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e Territórios.

Por fim, determina a Constituição que, assim como os servidores integrantes da carreira da advocacia pública (isto é, integrantes da Advocacia-Geral da União e dos órgãos a ela vinculados), os servidores das defensorias públicas serão remunerados na forma de subsídio (art. 135).

[21] CF, art. 134, § 2.°, introduzido pela EC n.° 45/2004.

Capítulo 13

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1. INTRODUÇÃO

Nos países dotados de Constituições escritas do tipo rígidas, a alteração do texto constitucional exige um procedimento especial, estabelecido pelo próprio constituinte originário, mais difícil do que o exigido para a produção do direito ordinário (subconstitucional).

A primeira conseqüência - sobremaneira relevante - dessa exigência de formalidades especiais para a reforma da Carta Política é que nos ordenamentos de Constituição rígida vigora o princípio da supremacia formal da Constituição. Vale dizer, nesses sistemas jurídicos que adotam Constituição do tipo rígida, as normas elaboradas pelo poder constituinte originário são colocadas acima de todas as outras manifestações de direito.

Para que se compreenda com clareza essa decorrência da rigidez constitucional é suficiente notar que, nos sistemas jurídicos de Constituição flexível, a inexistência de diferenciação entre os procedimentos de elaboração das leis ordinárias e de modificação das normas constitucionais faz com que toda produção normativa jurídica tenha o mesmo *status* formal, ou seja, as leis novas derrogam ou revogam todas as normas anteriores com elas incompatíveis, mesmo que estas sejam normas constitucionais.[1]

Constituição flexível é aquela cujos dispositivos podem ser alterados pelos mesmos procedimentos exigidos para a elaboração das leis ordinárias, ou seja, não existe um processo legislativo diferenciado, mais laborioso, para a modificação do texto constitucional.

Assim, em um sistema de constituição flexível - o da Inglaterra, por exemplo - descabe cogitar de impugnação de inconstitucionalidade, sendo o parlamento poder legislativo e constituinte ao mesmo tempo. As decisões do parlamento não podem ser de modo algum atacadas perante os tribunais; somente os atos praticados em decorrência de ato do parlamento é que podem ser examinados pelo Judiciário, a fim de se verificar se não excederam os poderes conferidos.

Esse ponto constitui a segunda conseqüência importante da rigidez constitucional (e mais diretamente do princípio da supremacia da Constituição): somente nos ordenamentos de Constituição escrita e rígida é possível a realização do controle de constitucionalidade das leis da forma como o conhecemos e estudamos. Unicamente nesses sistemas jurídicos podemos falar, propriamente, em normas infraconstitucionais que, como tais, devem respeitar a Constituição.

Significa dizer que para uma norma ter validade dentro desses sistemas há que ser produzida em concordância com os ditames da Constituição, que representa seu fundamento de validade. A Constituição situa-se no vértice do sistema jurídico do Estado, de modo que as normas de grau inferior somente valerão se forem com ela compatíveis.

Dessarte, se a Constituição é do tipo rígida, há distinção hierárquica entre ela e as demais normas do ordenamento jurídico, estando ela em posição de superioridade relativamente a estas (que são, por isso, ditas infraconstitucionais ou subconstitucionais). A Constituição passa a ser o parâmetro para a elaboração de todos os demais atos normativos estatais, devendo estes respeitar os princípios e regras nela traçados e o próprio processo constitucionalmente previsto para sua elaboração, sob pena de incorrer-se em insanável vício de inconstitucionalidade. Havendo confronto entre norma ordinária e texto constitucional, tanto do ponto de vista formal (respeito ao processo legislativo) quanto do material (compatibilidade com o conteúdo das normas constitucionais), deverá ser declarada a nulidade da norma inferior, em respeito à supremacia da Constituição.[2]

Ao mesmo tempo, para que se possa falar, efetivamente, em Estado de Direito, é necessário que exista pelo menos um órgão estatal independente do órgão encarregado da produção normativa, ao qual a própria Constituição atribua competência para verificação da conformidade das normas ordinárias com seus princípios e regras. Essa é outra decorrência relevante do princípio da supremacia constitucional: a necessidade de separação de poderes.

Conforme esclarece o Professor Alexandre de Moraes: "A idéia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que o Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário."

Para compreensão dessa assertiva, basta constatar que em um Estado no qual todas as funções (poderes) estejam concentradas nas mãos de um déspota, não existe qualquer possibilidade de que um provimento deste venha a ser declarado ilegítimo, contrário ao direito. Simplesmente, não existirá nenhum órgão com poder para realizar tal verificação.

Dessarte, para que se tenha um efetivo sistema de controle de constitucionalidade dos comportamentos, leis e atos, normativos ou concretos, faz-se insofismável a necessidade de que se determine quem é competente para analisar e decidir se houve ou não ofensa à Constituição, como também qual o processo que deve ser utilizado para se anular uma conduta ou ato inconstitucional. E a própria Constituição que estabelece os órgãos encarregados de exercer tais competências e procedimentos especiais, que variam de um regime constitucional para outro e que consubstanciam o que denominamos controle de constitucionalidade.

Pelo até aqui exposto, podemos afirmar que são dois os pressupostos para o controle de constitucionalidade: (a) a existência de uma Constituição do tipo rígida; (b) a previsão constitucional de um mecanismo de fiscalização da validade das leis.

É ainda relevante destacar que ao mesmo tempo em que uma Constituição do tipo rígida é pressuposto da existência do controle de constitucionalidade, não é menos verdade que esse mesmo controle é pressuposto e garantia de uma Constituição rígida. Isso porque, caso não haja órgão com a função de exercer o controle de constitucionalidade, a Constituição ficará sem meios de fazer valer a sua supremacia em face de condutas afrontosas ao seu texto.

Sintetizemos essas breves considerações sobre controle de constitucionalidade:

a) a noção contemporânea de controle de constitucionalidade das leis tem como pressuposto a existência de uma Constituição do tipo rígida;

b) a rigidez da Constituição tem como conseqüência imediata o princípio da supremacia formal da Constituição;

c) o princípio da supremacia formal da Constituição exige que todas as demais normas do ordenamento jurídico estejam de acordo com o texto constitucional;

d) aquelas normas que não estiverem de acordo com a Constituição serão inválidas, inconstitucionais e deverão, por isso, ser retiradas do ordenamento jurídico;

e) há necessidade, então, de que a Constituição outorgue competência para que algum órgão (ou órgãos), independente do órgão encarregado da produção normativa, fiscalize se a norma inferior está (ou não) contrariando o seu

texto, para o fim de retirá-la do mundo jurídico e restabelecer a harmonia do ordenamento;

f) sempre que o órgão competente realizar esse confronto entre a lei e a Constituição, estará ele efetivando o denominado "controle de constitucionalidade".

No plano axiológico, podemos situar o controle de constitucionalidade das leis como, simultaneamente, base e corolário: (a) de um Estado Democrático de Direito; (b) do princípio da separação de poderes; (c) da garantia maior do indivíduo frente ao Estado, na proteção de seus direitos fundamentais; (d) da garantia da rigidez e supremacia da Constituição.

RIGIDEZ DA CONSTITUIÇÃO	PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO	INCONSTITUCIONALIDADES DAS LEIS	NECESSIDADE DO CONTRE DE CONSTITUCIONALIDADE

O estudo do controle de constitucionalidade, portanto, implica perquirir, essencialmente: (i) quais órgãos do nosso Estado têm competência para declarar a inconstitucionalidade das leis, atos e condutas; (ii) em que espécies de procedimentos as normas e condutas poderão ser declaradas inconstitucionais; (iii) quais os efeitos da declaração da inconstitucionalidade da norma ou comportamento em desacordo com a Constituição.

2. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Em um Estado Democrático de Direito, como o nosso, a lei desempenha função singular, visto que só ela pode impor ao indivíduo a obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa (CF, art. 5.°, II). Enfim, somente as espécies normativas primárias integrantes do ordenamento jurídico dispõem do poder de impor obrigações, de exigir condutas positivas e negativas e de estabelecer restrições a direitos dos indivíduos.

Ademais, se, de um lado, temos que somente a lei pode obrigar o indivíduo a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, também é certo que todos os órgãos e entidades do Estado, inclusive as pessoas que exercem por delegação parcela de atribuições do Poder Público, têm que pautar as sua condutas, comissivas ou omissivas, pelo disposto na lei, sob pena de desrespeito ao postulado da legalidade, alicerce maior de um Estado de Direito.

Nessa esteira - submissão de todos aos comandos da lei -, desenvolveram-se os princípios democrático e republicano, que, entre outras características, outorgam ao povo o poder de criar as regras jurídicas do Estado. Da conjugação desses dois postulados, temos que todo o poder do Estado emana do próprio povo, que o exerce diretamente ou por meio de seus representantes eleitos (CF, art. l.°, parágrafo único). Idealmente, portanto, é certo afirmar que em um Estado democrático e republicano, como o nosso, o povo tem exatamente as leis que deseja, pois são elaboradas em seu nome, pelos seus representantes, para tanto eleitos.

Por esse motivo - elaboração normativa segundo a vontade do povo -, e em prol do postulado da segurança jurídica, tem-se que as leis e os atos normativos editados pelo Poder Público são protegidos pelo princípio da presunção de constitucionalidade das leis (ou presunção de legitimidade das leis).

Decorrência desse princípio, temos que as leis e os atos normativos estatais deverão ser considerados constitucionais, válidos, legítimos até que venham a ser formalmente declarados inconstitucionais por um órgão competente para desempenhar esse mister. Enquanto não formalmente reconhecidos como inconstitucionais, deverão ser cumpridos, presumindo-se que o legislador agiu em plena sintonia com a Constituição - e com a vontade do povo, que lhe outorgou essa nobre competência.

Resulta claro, portanto, que o reconhecimento da inconstitucionalidade das leis é medida excepcional, que somente poderá ser proclamada por um órgão que disponha de competência constitucional para tanto - e, ainda assim, na vigência da atual Carta Magna, com a devida motivação (CF, art. 93, IX).

Ademais, como corolário da excepcionalidade da declaração de nulidade da lei, ela deve ser proferida, pelo órgão competente, somente em última hipótese, ou seja, sempre que se puder conferir a uma norma impugnada uma interpretação que a compatibilize com o texto constitucional deve o órgão de controle da constitucionalidade determinar a adoção dessa interpretação, mantendo a norma no mundo jurídico.

3. CONCEITO E ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADES

Partindo das considerações anteriormente expendidas - a rigidez dá origem ao princípio da supremacia formal, que requer que todas as situações jurídicas se conformem com os preceitos da Constituição - chegamos à noção de inconstitucionalidade, a qual resulta do conflito de um comportamento, de uma norma ou de um ato com a Constituição.

Inconstitucional é, pois, a ação ou omissão que ofende, no todo ou em parte, a Constituição. Se a lei ordinária, a lei complementar, o estatuto privado, o contrato, o ato administrativo etc. não se conformarem com a Constituição, não devem produzir efeitos. Ao contrário, devem ser fulminados, por inconstitucionais, com base no princípio da supremacia constitucional.

Adotaremos aqui um conceito restrito de inconstitucionalidade, dele excluindo os comportamentos e atos de particulares que contrariem a Constituição. Dessarte, definiremos inconstitucionalidade como qualquer manifestação do Poder Público (ou de quem exerça, por delegação, atribuições públicas), comissiva ou omissiva, em desrespeito à Carta da República.[3]

Com efeito, se a Constituição representa o fundamento de validade de toda e qualquer manifestação dos órgãos constituídos do Estado, o desrespeito aos seus termos implica nulidade do ato ou conduta destoantes de seus comandos. Nenhum comportamento estatal poderá afrontar os princípios e regras da Constituição, estejam esses expressos ou implícitos em seu texto.

Deve-se anotar, entretanto, que estão fora da possibilidade de controle de constitucionalidade as normas constitucionais **originárias,** o texto originário da Constituição de 1988.[4]

No Brasil, tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal refutam a possibilidade de haver inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias. Entende-se que não há normas constitucionais originárias "superiores" e "inferiores"; a Constituição é um todo orgânico (princípio da unidade da Constituição) e todas as normas originárias de seu texto têm igual dignidade, sem que tenha qualquer influência, para efeito de controle de constitucionalidade, a distinção doutrinária ente normas formal e materialmente constitucionais e normas só formalmente constitucionais. Ademais, a interdição de que se reconheçam no texto originário da Carta da República "normas constitucionais inconstitucionais" decorre da absoluta ausência de competência do Supremo Tribunal Federal, bem como de qualquer outro órgão constituído do País, para controlar a obra do constituinte originário.

A matéria já foi percucientemente analisada no julgamento da ADI 815-DF (28.03.1996). Nela, o Ministro Moreira Alves, relator, em seu voto

Essa restrição deve-se ao fato de que o controle de constitucionalidade destina-se à fiscalização dos atos emanados do Poder Público; os atos tipicamente privados que desrespeitam a Constituição são também passíveis de serem impugnados, mas por mecanismos distintos, que não se enquadram, estritamente, no conceito de fiscalização da constitucionalidade.

A tese, **não adotada no Brasil,** de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias, o que, teoricamente, possibilitaria a existência de normas constitucionais originárias inconstitucionais, é defendida pela corrente doutrinária liderada pelo constitucionalista Otto Bachof.

condutor, deixa claro que a análise da validade de normas constitucionais originárias não consubstancia, na verdade, questão de constitucionalidade, mas de legitimidade do constituinte originário e a aferição dessa legitimidade escapa inteiramente à competência do STF (e de qualquer outro órgão do País).

Salientou, também, que a tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais é patentemente incompatível com o sistema de Constituição rígida, no qual deve ser desprezada a diferenciação doutrinária entre normas formalmente constitucionais e normas materialmente constitucionais, mormente em tema de controle de constitucionalidade.

Ainda, deixou claro o eminente Ministro que a alegação segundo a qual as normas constitucionais designadas como cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4.°) teriam hierarquia superior à das demais normas constitucionais não encontra respaldo em nosso ordenamento, porque a proteção da cláusula pétrea representa, tão-somente, um limite à atuação do poder constituinte de reforma, não um parâmetro de aferição da validade de normas postas pelo constituinte originário.

Por fim, também não está sujeito à aferição de constitucionalidade o direito pré-constitucional, em face da Constituição superveniente. Nesses casos, de fiscalização de norma pré-constitucional ante Constituição a ela posterior, o Supremo Tribunal Federal entende que não cabe juízo de inconstitucionalidade, mas, sim, de recepção ou não-recepção (isto é, revogação) da norma pré-constitucional pela Constituição atual. Por outras palavras, não se afere a constitucionalidade do direito pré-constitucional em face da Constituição vigente, porque a matéria é considerada pertinente ao campo do direito intertemporal: quando a lei anterior à Constituição é materialmente compatível com ela, é recepcionada; quando há conflito entre o conteúdo da lei anterior à Constituição e o seu texto, a Carta Política não a recepciona, isto é, revoga a lei pré-constitucional.

Se uma questão acerca da recepção, ou não, de direito pré-constitucional chegar ao Supremo Tribunal Federal, a decisão proferida, caso a Corte entenda que a lei é materialmente incompatível com a Constituição a ela superveniente, declarará, simplesmente, que a lei foi revogada pela Constituição de 1988. Não se trata, portanto, de uma decisão que declare a lei inconstitucional.

3.1. Inconstitucionalidade por ação e por omissão

A inconstitucionalidade poderá resultar de uma ação ou de uma omissão do Poder Público, dando origem às denominadas inconstitucionalidades por ação (ou positivas) ou por omissão (ou negativas).

Ocorre a inconstitucionalidade por ação quando o desrespeito à Constituição resulta de uma conduta comissiva, positiva, praticada por algum órgão estatal. É o caso, *e.g.*, da elaboração pelo legislador ordinário de uma lei em desacordo com a Constituição.

Temos a inconstitucionalidade por omissão quando a afronta à Constituição resulta de uma omissão do legislador, em face de um preceito constitucional que determine seja elaborada norma regulamentando suas disposições. Constitui, portanto, uma conduta omissiva frente a uma obrigação de legislar, imposta ao Poder Público pela própria Constituição.

A inconstitucionalidade por conduta omissiva ocorre diante de norma constitucional de eficácia limitada, em que a Lei Maior exige do legislador ordinário a edição de uma norma regulamentadora, para tornar viável o exercício de determinado direito nela assegurado, e o órgão legislativo ordinário permanece inerte, obstando o efetivo exercício daquele direito. Ao desrespeitar uma determinação constitucional de legislar, obstaculizando o exercício de um direito dependente de regulamentação, estará o legislador ordinário desrespeitando a supremacia constitucional, dando azo à declaração da inconstitucionalidade de sua inércia.

Distingue a doutrina a inconstitucionalidade omissiva total da omissão parcial.

A omissão é total quando o Poder Público, obrigado a legislar por força de determinação constitucional, não elabora a norma requerida, permitindo a existência de uma indesejável lacuna. É o que ocorre, por exemplo, com o direito de greve dos servidores públicos civis, que, malgrado o imperativo constitucional (art. 37, VII), não foi até hoje, quase duas décadas depois de promulgada a Constituição, regulamentado pelo legislador ordinário.

A omissão é parcial quando o legislador produz a norma, mas o faz de modo insatisfatório, insuficiente para atender aos comandos da norma constitucional de regência. É o caso, por exemplo, da assim denominada **lei excludente de benefício incompatível com o princípio da igualdade,** que disciplina determinado direito constitucionalmente previsto, mas exclui de sua abrangência pessoas que deveriam ter sido alcançadas. Vale dizer, a lei requerida constitucionalmente é produzida pelo legislador ordinário, mas de forma imperfeita, porque os seus comandos não atingem todas as pessoas que deveriam ter sido por ela acobertadas, afrontando o princípio da igualdade. Seria o caso, por exemplo, de a Constituição determinar a regulamentação e o conseqüente pagamento da remuneração de três categorias funcionais na forma de subsídio e o Poder Público efetivar essa regulamentação apenas para duas das categorias, não abrangendo a terceira, que restaria, assim, indevidamente excluída do benefício (direito à remuneração mediante subsídio).

3.2. Inconstitucionalidade material e formal

A inconstitucionalidade pode resultar da desconformidade do conteúdo do ato ou do seu processo de elaboração com alguma regra ou princípio da Constituição. Na primeira hipótese - desconformidade de conteúdo - teremos a inconstitucionalidade material, enquanto na segunda - desconformidade ligada ao processo de elaboração da norma -, a inconstitucionalidade formal.

A inconstitucionalidade material ocorre, portanto, quando o conteúdo da lei contraria a Constituição. O processo legislativo (procedimento constitucionalmente exigido para a elaboração da lei) pode ter sido fielmente obedecido, mas a matéria tratada é incompatível com a Carta Política. Seria o caso, por exemplo, de uma lei que introduzisse no Brasil a pena de morte em circunstâncias normais, que padeceria de inconstitucionalidade material, por afrontar o art. 5.°, XLVII, da Lei Maior.

A inconstitucionalidade formal ocorre quando há um desrespeito à Constituição no tocante ao processo de elaboração da norma, podendo alcançar tanto o requisito competência, quanto o procedimento legislativo em si. O conteúdo da norma pode ser plenamente compatível com a Carta Magna, mas alguma formalidade exigida pela Constituição, no tocante ao trâmite legislativo ou às regras de competência, foi desobedecida.

Se a inconstitucionalidade formal resulta da inobservância das regras constitucionais de competência para a produção da norma, diz-se que a inconstitucionalidade é do tipo **orgânica.** Assim, padecerá de inconstitucionalidade formal orgânica uma lei estadual que disponha sobre direito processual, haja vista se tratar de matéria da competência legislativa privativa da União (art. 22, I).

A inconstitucionalidade formal poderá decorrer, também, da inobservância das regras constitucionais do processo legislativo, do procedimento legislativo em si, em qualquer de seus aspectos - subjetivos ou objetivos.

Os requisitos subjetivos dizem respeito à fase introdutória do processo legislativo, em que é desencadeado, por meio da iniciativa, o procedimento de elaboração das espécies normativas. Qualquer espécie normativa elaborada a partir de iniciativa viciada, isto é, a partir de projeto de lei apresentado por quem não detinha competência, padecerá de inconstitucionalidade formal. Seria o caso, por exemplo, de lei resultante de iniciativa parlamentar que dispusesse sobre regime jurídico dos servidores públicos federais do Poder Executivo, haja vista se tratar de matéria cuja iniciativa é constitucionalmente reservada ao Presidente da República (art. 61, § 1.°, II, "c").

A inconstitucionalidade formal decorrente da violação dos requisitos objetivos do processo legislativo ocorre sempre que quaisquer outros aspectos referentes ao procedimento de elaboração das leis, não ligados à iniciativa,

são desrespeitados. Assim, o vício formal poderá advir da inobservância das regras constitucionais referentes às fases constitutiva e complementar do processo legislativo, que abrangem a discussão e votação, a sanção, o veto, a rejeição do veto, a promulgação etc. Por exemplo, uma lei complementar que tenha sido aprovada por maioria simples (ou relativa) padecerá de inconstitucionalidade formal, por desobediência ao requisito objetivo fixado no art. 69 da Constituição Federal, que impõe a aprovação dessa espécie normativa por maioria absoluta. Da mesma forma, se uma emenda à Constituição não é aprovada em dois turnos em cada uma das Casas do Congresso Nacional, por três quintos dos respectivos membros, padecerá de vício formal, seja qual for o seu conteúdo.

Por fim, lembramos que a desobediência aos pressupostos constitucionais que determinam e condicionam o exercício da competência legislativa também implica a inconstitucionalidade formal da norma expedida. Assim, se a Constituição outorga competência à União para disciplinar determinada matéria, mas impõe que essa disciplina se dê por meio de lei complementar, a expedição de uma lei ordinária sobre o assunto padecerá de inconstitucionalidade formal, porquanto norma ordinária não pode veicular matéria constitucionalmente reservada à lei complementar. Da mesma forma, haverá inconstitucionalidade formal se o Presidente da República adotar medida provisória sem a presença de urgência e relevância, haja vista que a Constituição condiciona a expedição dessa espécie normativa ao atendimento de tais pressupostos.

3.3. Inconstitucionalidade total e parcial

A inconstitucionalidade pode atingir todo o ato normativo (total) ou apenas parte dele (parcial).

Evidentemente, a regra é o reconhecimento da inconstitucionalidade de apenas parte da lei ou ato normativo. Afinal, a aferição da validade da norma é feita dispositivo por dispositivo, matéria por matéria, e não em bloco, globalmente.

Há situações, porém, que impõem ao Poder Judiciário a declaração da inconstitucionalidade total da norma impugnada. Seria o caso, por exemplo, da impugnação de uma lei resultante de iniciativa viciada (toda a matéria disciplinada na norma era de iniciativa privativa do Presidente da República, mas o projeto de lei foi apresentado por parlamentar) ou, ainda, de uma lei de conteúdo materialmente complementar que tenha sido aprovada por maioria simples de votos.

No Brasil, a declaração da inconstitucionalidade parcial pelo Poder Judiciário pode recair sobre fração de artigo, parágrafo, inciso ou alínea,

até mesmo sobre uma única palavra de um desses dispositivos da lei ou ato normativo. A regra constitucional que restringe o exame da constitucionalidade do projeto de lei ao texto integral de artigo, parágrafo, inciso ou alínea (art. 66, § 2.°) diz respeito ao chamado "veto jurídico" do chefe do Executivo, não alcançando a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Poder Judiciário.

Entretanto, a declaração da inconstitucionalidade parcial pelo Poder Judiciário não poderá subverter o intuito da lei, mudando o seu sentido e alcance, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes, que impede a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo. Assim, se a declaração da inconstitucionalidade parcial implicar mudança do sentido e alcance da norma impugnada, o Poder Judiciário deverá declarar a inconstitucionalidade de toda a norma (inconstitucionalidade total), sob pena de atuar (indevidamente) como autêntico legislador positivo, criando norma não pretendida pelo legislador, em ofensa ao postulado da separação dos poderes.

Ademais, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a declaração da inconstitucionalidade parcial de norma só é admissível no controle abstrato quando se pode presumir que o restante do dispositivo, não impugnado, seria editado independentemente da parte supostamente inconstitucional (doutrina da "indivisibilidade das leis"). Assim, se com a impugnação de parte do dispositivo restar patente que a parte não impugnada (e que, portanto, continuaria a viger) não teria sido editada isoladamente, será inviável a declaração de inconstitucionalidade parcial.[5]

Por fim, é interessante mencionarmos que há situações em que o Tribunal Constitucional constata a existência de vício no ato normativo impugnado, mas, apesar disso, **não** declara sua inconstitucionalidade, porque verifica que a retirada do ato viciado do mundo jurídico acabaria por resultar em uma lesão ao ordenamento constitucional maior do que a lesão decorrente de sua manutenção. São as situações em que o STF deixa de declarar a nulidade do ato para evitar o "agravamento do estado de inconstitucionalidade".

Imagine-se, por exemplo, que uma lei estadual estipulasse um adicional à remuneração dos servidores públicos, a cada cinco anos, correspondente a 7,5% de seu vencimento. Suponha-se que o Governador tenha enviado um projeto de lei à Assembléia Legislativa reduzindo esse percentual para 5%, mas que, em sua tramitação, esse projeto tenha sido objeto de uma emenda parlamentar aumentando o percentual para 6%, de sorte que a lei resultante tenha sido aprovada e promulgada prevendo esse percentual de 6%.

Nesse caso, se a norma fosse impugnada perante o STF sob a alegação de que é inconstitucional, em leis de iniciativa privativa do chefe do Execu-

[5] ADIMC 2.645/TO, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 11.11.2004.

tivo, o dispositivo resultante de emenda parlamentar que acarrete aumento de despesa (comparando com a despesa que decorreria do que estava previsto no projeto de lei apresentado pelo Governador), certamente a Corte reconheceria a inconstitucionalidade, mas deixaria de pronunciá-la, porque a supressão do dispositivo aprovado (adicional de 6%) resultaria em aumento de despesa ainda maior, uma vez que retornaria o percentual previsto na lei anterior (7,5%), que foi revogada pela lei impugnada, frustrando, de maneira ainda mais grave, o dispositivo constitucional que proíbe emenda parlamentar que aumente despesa em projeto de lei de iniciativa privativa do chefe do Executivo. Assim, para evitar o **agravamento do estado de inconstitucionalidade,** o Tribunal deixaria de declarar a inconstitucionalidade do dispositivo da lei (adicional de 6%), mesmo reconhecendo que sua aprovação violou regras constitucionais pertinentes ao processo legislativo.[6]

3.3.1. Declaração parcial de nulidade sem redução de texto e interpretação conforme a Constituição

Pertinentes ao estudo da inconstitucionalidade parcial, há dois tópicos que, em razão de sua especial relevância, merecem análise separada: a "declaração parcial de nulidade sem redução de texto" e a "interpretação conforme a constituição".

O Supremo Tribunal Federal recorre à técnica de **declaração parcial de nulidade sem redução de texto** quando constata a existência de uma regra legal inconstitucional que, em razão da redação adotada pelo legislador, não tem como ser excluída do texto da lei sem que a supressão acarrete um resultado indesejado. Assim, nem a lei, nem parte dela, é retirada do mundo jurídico (nenhuma palavra é suprimida do texto da lei). Apenas a aplicação da lei - em relação a determinadas pessoas, ou a certos períodos - é tida por inconstitucional. Em relação a outros grupos de pessoas, ou a períodos diversos, ela continuará plenamente válida, aplicável.

Imagine-se, por exemplo, que uma Lei "Z" estabeleça prerrogativas para uma determinada categoria de servidores públicos em um artigo, dividido em incisos, e, em outro artigo, estenda algumas das prerrogativas a outra categoria de servidores, simplesmente fazendo remissão ao primeiro artigo. Teríamos algo assim:

> Art. 1." São prerrogativas dos titulares do cargo AAA:
> I) prerrogativa 'a';

Vide, como exemplo, o RE 274.383/SP, rei. Min. Ellen Gracie, 29.03.2005 (Informativo STF 381).

II) prerrogativa 'b';

III) prerrogativa 'c';

IV) prerrogativa 'd'.

Art. 2.° Aplicam-se aos titulares do cargo BBB as prerrogativas previstas nos incisos I a III do art. 1.º.

Caso fosse impugnado perante o Supremo Tribunal Federal o art. 2.°, e a Corte entendesse que somente a extensão da prerrogativa "b" ao cargo BBB foi inconstitucional, não teria como retirar essa regra do texto da lei mediante a supressão de alguma palavra ou expressão, porque o art. 2.° não contém, em seu texto, citação expressa do inciso II do art. 1.º. Vale dizer, não seria tecnicamente possível, mediante redução do texto do art. 2.°, obter o efeito desejado - retirar do cargo BBB a prerrogativa prevista no inciso II do art. 1.º. Também não se pode suprimir o inciso II do art. 1.° porque é perfeitamente válida a atribuição da prerrogativa "b" ao cargo AAA.

Em um caso como esse, o Supremo Tribunal Federal poderia utilizar a técnica da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto para afastar a aplicação do inciso II do art. l.° ao cargo BBB, mantendo-o em relação ao cargo AAA. O Tribunal, ao pronunciar a inconstitucionalidade, não suprimiria nenhuma parte do texto literal, nenhuma palavra ou expressão da lei, mas afastaria a aplicação do inciso II do art. 1.° ao cargo BBB. O conteúdo da decisão deixaria assente que o Tribunal resolveu "declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 2.° da Lei 'Z', no que se refere à extensão, ao cargo BBB, da prerrogativa prevista no inciso II do art. l.° da Lei 'Z"\

A **interpretação conforme a Constituição** é técnica de decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando ocorre de uma disposição legal comportar mais de uma interpretação e se constata, ou que alguma dessas interpretações é inconstitucional, ou que somente uma das interpretações possíveis está de acordo com a Constituição.

Na aplicação da interpretação conforme a Constituição, o Poder Judiciário atua como legislador negativo, eliminando, por serem incompatíveis com a Carta, uma ou algumas possibilidades de interpretação.

Basicamente, duas situações podem ocorrer:

a) o STF declara que lei é constitucional, desde que dada a ela determinada interpretação (consentânea com a Constituição), isto é, ficam eliminadas as outras interpretações que a lei possibilitaria, mas que seriam inconciliáveis com o texto constitucional; ou

b) a Corte declara que a lei é constitucional, exceto se for adotada uma determinada interpretação (conflitante com a Constituição), ou seja, o aplicador

> do direito poderá optar por qualquer das interpretações que a lei possibilite, menos uma (aquela que seria incompatível com a Carta Política)

Assim, nessas decisões, o Tribunal emprega a expressão "desde que", reconhecendo a validade da norma "desde que interpretada de tal maneira", ou se limita a apontar uma determinada interpretação que não pode prosperar, deixando liberdade ao aplicador da lei para adotar qualquer das demais interpretações possíveis.[7]

As técnicas **declaração parcial de nulidade sem redução de texto** e **interpretação conforme a Constituição** foram positivadas pela Lei n.° 9.868/1999, no âmbito do processo e julgamento da ADI e da ADC, nos seguintes termos (art. 28, parágrafo único):

> Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual ou municipal.

Observa-se que o texto legal menciona a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto como técnicas distintas e autônomas de decisão. Essa é também a orientação doutrinária dominante.

Segundo essa linha de raciocínio, na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, afasta-se a aplicação de um dispositivo legal a um grupo de pessoas ou situações; relativamente às demais pessoas ou situações, a lei se aplica sem restrições (não se manda adotar uma interpretação específica para os dispositivos legais; tampouco se veda a adoção de alguma interpretação). No caso da interpretação conforme a Constituição, o Supremo Tribunal Federal ordena que seja conferida determinada interpretação a dispositivo ou dispositivos de uma lei, ou proíbe a adoção de uma interpretação específica. A lei, entretanto, desde que interpretada como estabelecido pelo Pretório Excelso, será aplicável a todas as pessoas e situações que se enquadrem em sua hipótese normativa, ou seja, sua incidência será plena - diferentemente do que ocorre quando se adota a declaração parcial

[7] No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, quando adota a técnica de interpretação conforme a Constituição, **julga procedente a ação direta de inconstitucionalidade,** o que eqüivale a declarar inconstitucionais todas as interpretações, mesmo que não possam ser expressamente enunciadas, que não sejam aquela (ou aquelas) que a Corte afirma ser compossível com o Texto Magno. Constitucionalistas de escol, como o professor e atual Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes, entendem que, nesses casos, a pronúncia deveria ser pela constitucionalidade do ato normativo, vale dizer, caso se trate de ADI, a decisão deveria ser pelo não acolhimento do pedido, desde que a lei seja interpretada consoante determine a Corte Máxima.

de inconstitucionalidade sem redução de texto, porquanto esta, como visto, implica restrição à incidência da lei. Nos casos em que deva ser adotada a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, não há nenhuma interpretação possível que torne compatível com a Constituição a integralidade do dispositivo objeto da declaração; por isso, parte do dispositivo, se aplicada, resultará em inconstitucionalidade, sem possibilidade de ser adotada alguma interpretação que a tornasse válida.

Cabe ressaltar que, embora positivada apenas sua utilização no âmbito do controle abstrato de normas, a interpretação conforme a Constituição tem sido largamente utilizada pelos diversos tribunais do País também no âmbito do controle incidental, com a única diferença de que, nesses casos, a interpretação dada só vinculará as partes do processo, como é próprio dessa via de controle (eficácia *inter partes).*

3.4. Inconstitucionalidade direta e indireta

A inconstitucionalidade é direta quando a desconformidade verificada dá-se entre leis e atos normativos primários e a Constituição. Enfim, sempre que a invalidade resultar do confronto direto entre norma infraconstitucional e a Constituição estaremos diante da inconstitucionalidade direta.

O caso típico de inconstitucionalidade direta é a elaboração de uma espécie normativa primária, integrante do nosso processo legislativo (art. 59), em desrespeito à Constituição Federal. Como essas normas retiram o seu fundamento de validade diretamente da Constituição, eventual desrespeito - formal ou material - às regras e princípios constitucionais implicará inconstitucionalidade direta.

Mas, é também possível que atos administrativos incorram no vício de inconstitucionalidade direta, caso sejam editados em caráter autônomo, com invasão do campo material reservado à lei. Assim, se o Presidente da República editar decreto de natureza autônoma para disciplinar matéria constitucionalmente reservada à lei, esse ato administrativo padecerá de inconstitucionalidade direta.

Por outro lado, a inconstitucionalidade indireta (ou reflexa), como a própria denominação sugere, ocorre naquelas situações em que o vício verificado não decorre de violação direta da Constituição. Assim, se determinado decreto regulamentar, expedido para a fiel execução da lei, extrapola os limites desta, ainda que supostamente essa extrapolação tenha implicado, também, flagrante desrespeito a determinada norma constitucional, não será hipótese de inconstitucionalidade direta. Isso porque o fundamento de validade do decreto regulamentar não é diretamente a Constituição, mas sim a lei regulamentada, em função da qual tenha sido expedido. Logo, eventuais conflitos entre a

norma regulamentar secundária (decreto) e a norma primária regulamentada (lei), ainda que supostamente infringentes de normas constitucionais, não constituem ofensa direta à Constituição.

Essa distinção é de grande relevância para o estudo do controle de constitucionalidade das leis, haja vista que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal equipara a chamada inconstitucionalidade indireta ou reflexa à mera **ilegalidade.** Assim, para o Tribunal, o conflito entre norma secundária (regulamentar) e primária (regulamentada) é caso de mera ilegalidade, e não de inconstitucionalidade propriamente dita.

Em razão desse entendimento do Supremo Tribunal Federal, temos que a aferição da inconstitucionalidade indireta ou reflexa - que traduz, na realidade, caso de mera ilegalidade - foge ao objeto do controle de constitucionalidade. Se o fundamento de validade direto da norma secundária (decreto, portaria, instrução normativa etc.) não é a Constituição, mas sim outra norma, infraconstitucional (lei, tratado internacional etc), eventual conflito consistirá em mera crise de legalidade, a ser resolvida mediante o simples cotejo entre tais normas.[8]

A inconstitucionalidade indireta ou reflexa aqui estudada não pode ser confundida com a chamada inconstitucionalidade **derivada,** que diz respeito a outra relação existente entre norma regulamentadora e lei regulamentada.

Ocorre a inconstitucionalidade derivada (ou conseqüente) quando a declaração da inconstitucionalidade da norma regulamentada (primária) leva ao automático e inevitável reconhecimento da invalidade das normas regulamentadoras (secundárias) que haviam sido expedidas em função dela. Assim, em virtude da declaração da inconstitucionalidade da norma primária, todas as normas secundárias que a regulamentavam também se tornam inválidas, por derivação, haja vista que o fundamento de validade delas, que era a norma primária, deixa de existir. Se o decreto "Y" regulamentava a lei "X", a declaração da inconstitucionalidade desta atinge, por derivação, a validade daquele, que deixa de produzir efeitos.

3.5. Inconstitucionalidade originária e superveniente

A inconstitucionalidade originária é aquela que macula o ato no momento da sua produção, em razão de desrespeito aos princípios e regras da Constituição então vigente.

Conforme lição do Ministro Carlos Velloso: O decreto regulamentar não está sujeito ao controle de constitucionalidade, dado que, se o decreto vai além do conteúdo da lei, pratica ilegalidade e não inconstitucionalidade. Somente na hipótese de não existir lei que preceda o ato regulamentar é que poderia este ser acoimado de inconstitucional, assim sujeito ao controle de constitucionalidade.

O reconhecimento da inconstitucionalidade originária pressupõe, portanto, o confronto entre a lei e a Constituição vigente no momento da sua produção. Por exemplo, se estivermos nos referindo à inconstitucionalidade originária de uma lei produzida em 1985, certamente o confronto desta será com a Constituição de 1969, que vigorava quando esse diploma legal foi elaborado.

Ao contrário, fala-se em inconstitucionalidade superveniente quando a invalidade da norma resulta da sua incompatibilidade com texto constitucional futuro, seja ele originário ou derivado (emenda constitucional). Assim, uma lei editada em 1985 tornar-se-ia supervenientemente inconstitucional em 5.10.1988, em virtude da promulgação de novo texto constitucional que fosse com ela incompatível. Ou, ainda, uma lei hoje editada tornar-se-ia supervenientemente inconstitucional com a promulgação de futura Constituição (ou emenda constitucional) em sentido contrário.

Em que pese a relevância desse conhecimento, o fato é que, entre nós, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **não** admite a existência da inconstitucionalidade superveniente. Para a Corte, a superveniência de texto constitucional opera a simples **revogação** do direito pretérito com ele materialmente incompatível, não havendo razões para se falar em inconstitucionalidade superveniente; não se trata de juízo de constitucionalidade, mas sim de mera aplicação de regra de direito intertemporal, segundo a qual a norma posterior opera a simples revogação (e não a inconstitucionalidade) do direito anterior com ela materialmente incompatível.

4. SISTEMAS DE CONTROLE

Cada ordenamento constitucional é livre para outorgar a competência para controlar a constitucionalidade das leis ao órgão que entenda conveniente, de acordo com suas tradições.

A depender da opção do legislador constituinte, poderemos ter o controle judicial, o controle político ou o controle misto.

Se a Constituição outorgar a competência para declarar a inconstitucionalidade das leis ao Poder Judiciário, teremos o sistema judicial ou jurisdicional. O sistema jurisdicional nasceu nos Estados Unidos da América, primeiro Estado a reconhecer a competência dos juizes e tribunais do Poder Judiciário para, nos casos concretos submetidos à sua apreciação, declarar a inconstitucionalidade das leis.

Caso a Constituição outorgue a competência para a fiscalização da validade das leis a órgão que não integre o Poder Judiciário, teremos o sistema político. De regra, nos Estados que adotam controle político, a fiscalização

da supremacia constitucional é realizada por órgão especialmente constituído para esse fim, distinto dos demais Poderes do Estado. É o caso, por exemplo, da França, em que a fiscalização da constitucionalidade é de incumbência do Conselho Constitucional, órgão que se situa fora da estrutura orgânica dos demais Poderes.

Ademais, poderá também a Constituição outorgar a competência para a fiscalização de algumas normas a um órgão político e de outras ao Poder Judiciário, consubstanciando o denominado controle de constitucionalidade misto. Exemplo citado pela doutrina é a Suíça, em que as leis nacionais submetem-se a controle político e as leis locais são fiscalizadas pelo Poder Judiciário.

A maioria das Constituições contemporâneas tem adotado o sistema judicial para a fiscalização da validade das leis, inclusive a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

5. MODELOS DE CONTROLE

Os ordenamentos constitucionais em geral prevêem dois modelos distintos de controle judicial de constitucionalidade: o controle difuso (ou jurisdição constitucional difusa), criação dos Estados Unidos da América, e o controle concentrado (ou jurisdição concentrada), instalado inicialmente na Áustria, sob a influência do jurista Hans Kelsen.

Ocorre o controle difuso (ou aberto) quando a competência para fiscalizar a validade das leis é outorgada a todos os componentes do Poder Judiciário, vale dizer, qualquer órgão do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, poderá declarar a inconstitucionalidade das leis.

O modelo difuso de fiscalização da validade das leis surgiu nos Estados Unidos da América, a partir do célebre caso *Marbury* v. *Madison*, em 1803, quando a Suprema Corte Americana, sob o comando do *Chief Justice John Marshall*, firmou o entendimento de que o Poder Judiciário poderia deixar de aplicar uma lei aos casos concretos a ele submetidos, por entendê-la inconstitucional. A partir de então, foi difundida para os mais diversos ordenamentos constitucionais a idéia de que os membros do Poder Judiciário, juizes e tribunais, só devem aplicar aos casos a eles submetidos as leis que considerem compatíveis com a Constituição.

Temos o sistema concentrado (ou reservado) quando a competência para realizar o controle de constitucionalidade é outorgada somente a um órgão de natureza jurisdicional (ou, excepcionalmente, a um número limitado de órgãos). Esse órgão poderá exercer, simultaneamente, as atribuições de jurisdição e de controle de constitucionalidade das leis, ou, então, exclusivamente esta última tarefa.

O modelo concentrado teve sua origem na Áustria, em 1920, sob a influência do jurista Hans Kelsen, Para Kelsen, a fiscalização da validade das leis representava tarefa especial, autônoma, que não deveria ser conferida a todos os membros do Poder do Judiciário, já encarregados de exercerem a jurisdição, mas somente a uma Corte Constitucional, que deveria desempenhar exclusivamente essa função. Sob esse pensamento, foi criado o Tribunal Constitucional Austríaco, com a função exclusiva de realizar o controle de constitucionalidade das leis. Na visão de Kelsen, a função precípua do controle concentrado não seria a solução de casos concretos, mas sim a anulação genérica da lei incompatível com as normas constitucionais.

6. VIAS DE AÇÃO

As chamadas "vias de ação" dizem respeito ao modo de impugnação de uma lei perante o Poder Judiciário ou, sob outra ótica, indicam o modo em que o Poder Judiciário exercerá a fiscalização da validade das leis. Em síntese, busca-se responder à seguinte indagação: de que forma uma lei poderá ser impugnada perante o Poder Judiciário?

São duas as vias pelas quais poderá ser exercido o controle de constitucionalidade das leis: a via incidental (de defesa ou de exceção) e a via principal (abstrata ou de ação direta).

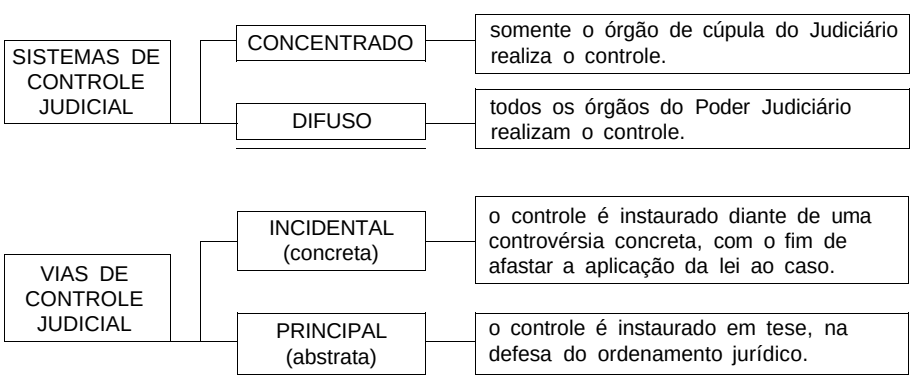
O exercício da via incidental dá-se diante de uma controvérsia concreta, submetida à apreciação do Poder Judiciário, em que uma das partes requer o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei, com o fim de afastar a sua aplicação ao caso concreto de seu interesse. A apreciação da constitucionalidade não é o objeto principal do pedido, mas um incidente do processo, um pedido acessório. Por isso, a eventual declaração da inconstitucionalidade é dita incidental, *incidenter tantum* (o provimento judicial principal será o reconhecimento do direito pleiteado pela parte, decorrente do afastamento da lei àquele caso levado ao juízo).

Esse é o modelo norte-americano de fiscalização da validade das leis, em que todos os juizes e tribunais do Poder Judiciário realizam o controle de constitucionalidade durante a apreciação dos casos concretos que lhes são apresentados. Nele, o indivíduo não recorre ao Poder Judiciário com o objetivo principal de ver declarada a invalidade da lei, em defesa da ordem jurídica. Na realidade, o impetrante da ação judicial está interessado diretamente na defesa de determinado direito subjetivo seu, mas, como fundamento para que o juiz aprecie o seu pedido principal, ele argúi, em pedido acessório (incidental), a inconstitucionalidade da lei que versa sobre o assunto. Suscitado o incidente de inconstitucionalidade, o juiz estará obrigado a decidir primeiro se a lei é

constitucional, ou não, para só depois, com base nessa premissa, decidir o pedido principal, firmando o seu entendimento no caso concreto.

Desse modo, o controle incidental pode ser exercido perante qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário, em qualquer processo judicial, seja qual for a sua natureza (penal, civil etc), sempre que alguém, na busca do reconhecimento de determinado direito concreto, suscitar um incidente de inconstitucionalidade, isto é, alegar, no curso do caso concreto, que determinada lei, concernente à matéria, é inconstitucional. Essa modalidade de controle tem fundamento na premissa de que todos os casos concretos devem ser decididos de acordo com a Constituição.

Pela via principal, o pedido do autor da ação é a própria questão de constitucional idade do ato normativo. O autor requer, por meio de uma ação judicial especial, uma decisão sobre a constitucionalidade, em tese, de uma lei, com o fim de resguardar a harmonia do ordenamento jurídico. O provimento judicial a que se visa consiste na declaração da compatibilidade, ou não, de certa norma jurídica ou conduta com as regras e princípios plasmados na Constituição. Nessa hipótese, não há caso concreto; portanto, não há interesses subjetivos específicos a serem tutelados. Trata-se assim, como acentuam a doutrina e a jurisprudência, de processos objetivos.[9]


SISTEMAS DE CONTROLE JUDICIAL
CONCENTRADO
somente o órgão de cúpula do Judiciário realiza o controle.
DIFUSO
todos os órgãos do Poder Judiciário realizam o controle.
VIAS DE CONTROLE JUDICIAL
INCIDENTAL (concreta)
o controle é instaurado diante de uma controvérsia concreta, com o fim de afastar a aplicação da lei ao caso.
PRINCIPAL (abstrata)
o controle é instaurado em tese, na defesa do ordenamento jurídico.

7. MOMENTO DO CONTROLE

O controle de constitucionalidade poderá ser preventivo ou repressivo.

A expressão "processo objetivo" refere-se às ações do controle abstrato, nas quais não existem, a rigor, partes, tampouco direito subjetivo a ser defendido, haja vista que, nelas, a validade da lei é discutida em tese, com o fim único de proteger a Constituição. Ao revés, a expressão "processo subjetivo" refere-se às ações do controle concreto, em que as partes litigam em defesa de direito juridicamente protegido.

Ocorrerá o controle de constitucionalidade preventivo *(a priori)* quando a fiscalização da validade da norma incidir sobre o projeto, antes de a norma estar pronta e acabada. É o caso, no Brasil, do veto do Chefe do Executivo por inconstitucionalidade (veto jurídico), uma vez que incide sobre projeto de lei (CF, art. 66, § 1.°).

Ocorre o controle de constitucionalidade repressivo (sucessivo, *a posteriori)* quando a fiscalização da validade incide sobre norma pronta e acabada, já inserida no ordenamento jurídico. É o caso, em regra, do controle de constitucionalidade judicial no nosso País, que pressupõe a existência de uma norma já elaborada, pronta e acabada, inserida no ordenamento jurídico.

Como se vê, por meio do controle preventivo não é declarada a inconstitucionalidade da norma (que, na realidade, ainda não existe!), mas, sim, evitada a produção de uma norma inconstitucional. Por sua vez, o controle de constitucionalidade repressivo tem por fim declarar a inconstitucionalidade de uma norma já existente, visando a sua retirada do ordenamento jurídico.

CONTROLE	PREVENTIVO	tem por fim evitar a produção de uma norma inconstitucional.
	[1]— REPRESSIVO	tem por fim retirar uma norma inconstitucional do ordenamento jurídico.

8. HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil apresenta características que o singularizam. Nele se conjugam os modelos difuso, oriundo do direito americano, possibilitando a todos os órgãos do Poder Judiciário a realização do controle incidental da constitucionalidade de leis e atos normativos, e concentrado, proveniente dos países europeus continentais, em que o órgão de cúpula do Poder Judiciário realiza o controle abstrato da constitucionalidade de normas jurídicas.

Deve-se destacar, ainda, que no Brasil a fiscalização da constitucionalidade alcança não só as leis em sentido estrito, mas também os atos administrativos em geral. Com efeito, o controle de constitucionalidade exercido perante o Poder Judiciário não tem por objeto, exclusivamente, as leis formais, elaboradas segundo o processo legislativo. Atos administrativos em geral, adotados pelo Poder Público, também podem ter a sua inconstitucionalidade reconhecida pelo Poder Judiciário, tanto na via concreta, quanto na via abstrata. Resoluções dos tribunais do Judiciário, decretos e portarias do Executivo, e outros

atos não formalmente legislativos podem, dependendo de seu conteúdo, ser impugnados em ação direta de inconstitucionalidade, ou atacados em ações próprias, na via difusa.

Apresentamos, a seguir, um bosquejo histórico da evolução dos sistemas de fiscalização da validade das leis no Brasil, desde a Constituição de 1824 (que sequer previa o controle judicial de constitucionalidade), até a Carta vigente, que contempla um complexo e abrangente sistema de fiscalização jurisdicional.

8.1. A Constituição de 1824

A Constituição do Império não contemplava qualquer sistema assemelhado aos atualmente conhecidos modelos de controle da constitucionalidade. Outorgava, tão-somente, ao Poder Legislativo a competência para "fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las", bem como para "velar na guarda da Constituição" (art. 15).

Essa concepção de Estado inspira-se marcadamente na doutrina francesa de separação rígida entre os poderes, não admitindo a possibilidade de um poder invalidar os atos de competência de um outro. Segundo essa ideologia, se tal prerrogativa fosse conferida a um dos Poderes da República, este sobrepujaria todos os demais, destruindo o equilíbrio e a harmonia que deveria existir entre eles a fim de se evitar os abusos resultantes da concentração de poderes.

Dessa forma, a Constituição Imperial outorgava competência ao próprio Poder Legislativo para a fiscalização de seus atos e aferição de sua compatibilidade com a Constituição, ou seja, a validade das leis era controlada pelo próprio órgão encarregado da elaboração normativa. Não se reconhecia ao Poder Judiciário competência para afastar a aplicação de normas que pudessem ser consideradas inconstitucionais, não existindo, portanto, nem mesmo o mais rudimentar modelo de controle judicial de constitucionalidade.

8.2. A Constituição de 1891

A Constituição de 1891, profundamente influenciada pelo constitucionalismo dos Estados Unidos da América, abandona o sistema estritamente político de controle da constitucionalidade - albergado pela Constituição anterior, na qual somente o Legislativo realizava a fiscalização da validade de suas próprias leis - e passa a outorgar competência ao Poder Judiciário para afastar a aplicação, a um caso concreto, da lei que ele considerasse inconstitucional.

Inaugurava-se, assim, um abrangente sistema de controle judicial difuso no Brasil, atribuindo-se a todos os órgãos do Poder Judiciário, federais ou

estaduais, a competência para aferir a compatibilidade das leis com a Constituição, desde que houvesse provocação nesse sentido.

Ressalte-se, entretanto, que a argüição de inconstitucionalidade somente era possível na via incidental, diante de um caso concreto, mediante provocação dos litigantes diretamente interessados. A declaração da inconstitucionalidade da lei, portanto, em nenhuma hipótese a retirava do ordenamento jurídico, mas, tão-somente, afastava a sua aplicação ao caso concreto. Não havia a possibilidade de argüição de inconstitucionalidade abstrata, de uma lei em tese, independentemente de interesses subjetivos específicos, mediante ação direta.

8.3. A Constituição de 1934

A Constituição de 1934 introduziu profundas alterações no sistema judicial de fiscalização das leis no Brasil, criando novos mecanismos de atuação do Poder Judiciário.

Foi com a Carta de 1934 que passou a integrar nosso sistema de controle a denominada "reserva de plenário", segundo a qual somente a maioria absoluta dos membros dos diversos Tribunais do Poder Judiciário dispõe de competência para declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público - fortalecendo sensivelmente o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, em favor da segurança jurídica.

Foi nessa Constituição, também, que primeiro apareceu a possibilidade de atribuição de efeitos gerais à pronúncia de inconstitucionalidade, embora necessária, para tanto, a intervenção do Poder Legislativo. Com efeito, a Carta atribuiu competência ao Senado Federal para suspender a execução de uma lei, com eficácia *erga omnes*, em face da declaração de sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, proferida em um caso concreto.

Foi, ainda, criada a denominada representação interventiva, ação com a finalidade precípua de fiscalizar o procedimento de intervenção da União em ente federativo, nas hipóteses constitucionalmente previstas.

Por fim, foi esse mesmo texto constitucional que instituiu o mandado de segurança, remédio judicial de proteção a direito líquido e certo do indivíduo contra ato de autoridade praticado com ilegalidade ou abuso de poder.

8.4. A Constituição de 1937

A Constituição de 1937 - como se deu em praticamente todos os campos - representou um retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil.

Conquanto tenha preservado o controle judicial difuso, o poder constituinte usurpado enfraqueceu muito a competência do Judiciário relativamente à declaração de inconstitucionalidade das leis - e, de um modo geral, quase aboliu o princípio da separação entre os Poderes - uma vez que, no parágrafo único de seu art. 96, a Polaca assim dispunha:

> Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Com isso, na prática, o Presidente da República passou a ter poderes para submeter novamente ao Parlamento a lei já declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. Caso confirmada pelo Parlamento a legitimidade da norma, esta voltaria a ser aplicada, desconsiderando-se a decisão do Judiciário em contrário.

Também nessa Constituição o mandado de segurança perdeu a qualidade de garantia constitucional, passando a ser disciplinado pela legislação ordinária. Ao tratar do mandado de segurança, o legislador ordinário excluiu da sua apreciação os atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Governadores e interventores dos estados.

Deixou de constar do texto constitucional, também, a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a representação interventiva.

8.5. A Constituição de 1946

A Constituição de 1946 trouxe de volta as disposições suprimidas pela Carta outorgada de 1937. O controle judicial difuso voltou a ser exercido com exclusividade pelo Poder Judiciário, sem possibilidade de outro Poder tornar "sem efeito" as suas decisões.

Restaurou-se, também, a competência do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (sempre no controle difuso, porquanto inexistente, até aqui, o controle abstrato no Brasil).

A representação interventiva, para intervenção federal, foi modificada, condicionando-se a decretação da intervenção à manifestação prévia do Supremo Tribunal Federal. A legitimação para a representação de inconstitucionalidade

perante o Supremo Tribunal Federal foi confiada ao Procurador-Geral da República (art. 8.°, parágrafo único).

8.6. A Emenda Constitucional n.° 16, de 1965

A Emenda Constitucional n.° 16, de 1965, introduziu em nosso ordenamento o controle abstrato de normas. A competência foi atribuída ao Supremo Tribunal Federal para julgamento de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) de normas federais e estaduais em face da Constituição Federal, sendo a legitimação para a propositura conferida exclusivamente ao Procurador-Geral da República.

Somente a partir dessa emenda o sistema jurídico brasileiro passou a admitir a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade em tese de atos normativos do Poder Público, mediante controle concentrado, pela via direta - e não mais somente diante de casos concretos, pela via incidental.

8.7. A Constituição de 1967/1969

A Constituição de 1967 (assim como a Emenda Constitucional n.° 1, de 1969) manteve o controle judicial, nos critérios concreto e abstrato, tal como previsto anteriormente na Constituição de 1946, após a Emenda n.° 16, de 1965. Não houve inovações merecedoras de registro em matéria de jurisdição constitucional.

A respeito do controle abstrato nas Constituições de 1946 (a partir da EC n.° 16, de 1965) e de 1967/1969, é oportuno transcrever este registro de Gilmar Ferreira Mendes:

> De anotar, porém, que o maior mérito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sob o império das Constituições de 1946 (Emenda n.° 16, de 1965) e de 1967/69, está relacionado com a definição da natureza jurídico-processual do processo de controle abstrato. A identificação da natureza objetiva desse processo, a caracterização da iniciativa do Procurador-Geral da República como simples impulso processual e o reconhecimento da eficácia *erga omnes* das decisões de mérito proferidas nesses processos pelo Supremo Tribunal Federal configuraram, sem dúvida, conquistas fundamentais para o mais efetivo desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil.

8.8. A Constituição de 1988

Da análise do até aqui exposto, percebemos que o Brasil inicialmente adotou o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade (controle

judicial difuso), evoluindo aos poucos para um sistema misto e peculiar, que combina o modelo difuso, por via incidental, com o critério concentrado, por via de ação direta.

A Constituição Federal de 1988 manteve em sua plenitude o controle difuso, conferindo a todos os órgãos do Poder Judiciário competência para, diante de um caso concreto, reconhecer a inconstitucionalidade das leis. Manteve, também, o controle abstrato pelo qual é possível, mediante ação direta, a solução de uma controvérsia constitucional, em tese, acerca da compatibilidade de uma lei com a Constituição.

Observa-se, contudo, que a Carta vigente trouxe relevantes alterações, sobretudo, à fiscalização abstrata, valorizando sensivelmente esse critério de controle, ampliando e fortalecendo sobremodo a via de ação direta.

De pronto, constata-se a grande ampliação do número de legitimados para a instauração do controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 103, I ao IX), via ação direta de inconstitucionalidade (ADI), quebrando o monopólio, até então existente, do Procurador-Geral da República. O rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, I ao IX) contempla algumas centenas de órgãos, pessoas e entidades. Abrange todos os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, os governadores dos Estados e do Distrito Federal, as Mesas das Assembléias Legislativas, entre outros.

A par disso, o constituinte de 1988 estabeleceu novas ações específicas no âmbito do controle concentrado, como a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), de competência originária do Supremo Tribunal Federal. São legitimados à propositura dessa ação, visando a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição Federal de 1988, os mesmos órgãos, pessoas e entidades aptos a promover a ação direta de inconstitucionalidade. A ADPF, prevista no texto originário da Constituição Federal (art. 102, § 1."), foi disciplinada pelo legislador ordinário por meio da Lei n.° 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

Outra significativa inovação da Carta Política atual foi a introdução da denominada inconstitucionalidade por omissão, reconhecida nas hipóteses de inércia do legislador ordinário em face de uma exigência constitucional de legislar. Duas novas ações foram especialmente introduzidas com o fim de reparar a omissão legislativa inconstitucional: o mandado de injunção (CF, art. 5.°, LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2."), essa última integrante do sistema de controle abstrato de normas delineado pelo constituinte de 1988.

Em 1993, por meio da Emenda Constitucional n.° 3, o legislador constituinte derivado criou a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), passando

a permitir que seja pleiteada diretamente perante o Supremo Tribunal Federal a declaração da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, com o fim de pôr termo a controvérsia judicial sobre sua validade.

Ademais, a Constituição Federal prevê que os estados-membros instituam o controle abstrato em seus respectivos âmbitos, devendo estabelecer representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual (CF, art. 125, § 2.°).

Pode-se concluir, dessarte, que o controle abstrato passou a desempenhar papel preeminente no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a partir da Constituição de 1988. Tal assertiva decorre não só do fato de terem sido previstas quatro ações distintas na via direta (ADI, ADI por omissão, ADC e ADPF), mas, também, pela ampliação dos entes legitimados para a instauração desse modelo de fiscalização abstrata (art. 103, I ao IX). Isso representa uma significativa mudança de paradigma em nosso ordenamento, uma vez que, até o advento da atual Carta, o controle de validade das leis no Brasil tinha sua base no sistema difuso, de inspiração norte-americana, realizado no curso dos processos judiciais comuns.

Em sua peculiar conformação, o controle abstrato hoje existente também assume novo e relevante significado para o princípio federativo, permitindo a aferição da constitucionalidade das leis federais mediante requerimento de um Governador de Estado, a aferição de leis estaduais mediante requerimento do Presidente da República e a aferição da constitucionalidade de lei de um Estado mediante requerimento de Governador de outro Estado.

A propositura da ação direta pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional concretiza, por outro lado, a idéia de defesa das minorias, uma vez que se assegura até às frações parlamentares menos representativas - *v.g.*, partido com apenas um representante em uma das Casas do Congresso - a possibilidade de argüir a inconstitucionalidade de lei.

Essa ampla legitimação - aliada à maior celeridade do modelo processual abstrato, dotado inclusive da possibilidade de suspensão imediata da eficácia do ato normativo impugnado, mediante pedido de cautelar - faz com que praticamente todas as relevantes questões constitucionais atuais sejam solucionadas em ações diretas propostas perante o Supremo Tribunal Federal.

Impende destacar, ainda, que, sob a vigência do texto constitucional de 1988, o legislador ordinário introduziu uma das mais significativas mudanças no controle de constitucionalidade abstrato, ao criar, entre nós, a figura da denominada inconstitucionalidade *pro futuro.*

Com efeito, a Lei n.° 9.868/1999, que regulou o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, dispôs que o Supremo Tribunal Federal poderá, ao proclamar a inconstitucionalidade de uma lei, outorgar eficácia não-retroativa à sua

decisão *(ex nunc)* ou até mesmo fixar um outro momento para o início de seus efeitos. A Lei n.° 9.882/1999 outorgou essa mesma competência ao Supremo Tribunal Federal nas decisões proferidas em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Assim, a partir do ano de 1999, passou o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle abstrato, a ter competência para proclamar a inconstitucionalidade *pro futuro (ex nunc),* resguardando os efeitos já produzidos pela lei entre o início de sua vigência e o reconhecimento de sua invalidade.

Por fim, tivemos a Emenda Constitucional n.° 45, publicada em 8.12.2004, que trouxe três importantes inovações ao controle de constitucionalidade das leis, a saber:

a) ampliação da legitimação para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade (nova redação ao art. 103);

b) criação da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A);

c) exigência do requisito "repercussão geral das questões constitucionais discutidas" para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102. § 3.°).

CONSTITUIÇÃO DE 1824

Controle político: cabia ao próprio Legislativo interpretar, suspender e revogar leis.

CONSTITUIÇÃO DE 1891

Instituição do controle judicial difuso, na via concreta.

CONSTITUIÇÃO DE 1934

Instituição da reserva de plenário, da atuação do Senado Federal, da representação interventiva e do mandado de segurança.

CONSTITUIÇÃO DE 1937

Retrocesso no controle de constitucionalidade: possibilidade de o Presidente da República submeter ao Poder Legislativo lei já declarada inconstitucional e fim da atuação do Senado Federal.

CONSTITUIÇÃO DE 1946

Restauração das regras da Constituição de 1934 e modificação na representação interventiva: legitimação ao Procurador-Geral da República e apreciação do STF.

EC N° 16, DE 1965

Instituição do controle abstrato: ação direta e indireta de inconstitucionalidade (ADIN), ao lado do controle difuso.

CONSTITUIÇÃO DE 1967/1969

Não trouxe inovações: manteve os controles difuso e abstrato.

CONSTITUIÇÃO DE 1988

Manteve os controles incidental e abstrato, com as seguintes inovações:

* Ampla legitimidade no controle abstrato
* Criação da ADIN por omissão
* Criação da ADC e ADPF
* Criação do mandado de injunção
* Controle abstrato nos estados
* Criação da súmula vinculante (EC 45/04)

9. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

No Brasil, o controle de constitucionalidade é predominantemente realizado pelo Poder Judiciário, que pode atuar na via incidental - quando, diante de um caso concreto, qualquer juiz ou tribunal do País proclama a inconstitucionalidade da lei, com o fim de afastar a sua aplicação ao caso de interesse das partes litigantes - ou na via abstrata - quando o órgão de cúpula aprecia a constitucionalidade, em tese, da lei, com o fim de resguardar a harmonia do ordenamento jurídico.

No controle difuso, qualquer interessado, no curso de um processo judicial concreto, pode suscitar, incidentalmente, uma controvérsia constitucional, perante qualquer órgão do Poder Judiciário. Diversamente, na via abstrata, somente os legitimados pela Constituição poderão, perante o órgão de cúpula do Poder Judiciário, questionar a constitucionalidade, em tese, de uma lei.

A via abstrata, em defesa da supremacia da Constituição Federal, pode ser instaurada exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal, por meio de uma das seguintes ações diretas:

a) ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADI);

b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI por omissão);

c) ação declaratória de constitucionalidade (ADC);

d) argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF);

e) ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADI interventiva).

Além desse controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal, em defesa da Constituição Federal, existe o controle abstrato em cada estado-membro e no Distrito Federal, para a defesa da respectiva Constituição Estadual e da Lei Orgânica, respectivamente. Esse controle abstrato estadual, conforme estudaremos oportunamente, é instaurado perante o respectivo Tribunal de Justiça, para a aferição das leis locais em face da Constituição Estadual (CF, art. 125, § 2.°).

Observa-se que, no Brasil, em razão da combinação dos modelos.difuso e concentrado, todos os órgãos do Poder Judiciário exercem a jurisdição constitucional, haja vista que, no modelo difuso, qualquer juiz ou tribunal do País dispõe de competência para zelar pela supremacia da Constituição. Ademais, nem mesmo a jurisdição concentrada é privilégio exclusivo do Supremo Tribunal Federal, pois o Tribunal de Justiça de cada estado e do Distrito Federal também exerce a fiscalização concentrada da constitucionalidade, em defesa da Constituição Estadual e da Lei Orgânica, respectivamente.

Na realidade, somente a jurisdição concentrada **em face da Constituição Federal** é exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, um aspecto interessante acerca do modo de exercício da jurisdição constitucional no nosso País merece nota.

Entre nós, a **regra geral** é a seguinte:

a) o controle incidental é realizado no modelo difuso ("incidental" pressupõe a existência de um caso concreto, envolvendo direito subjetivo, em que a questão constitucional não é a questão principal; "difuso" traduz a idéia de apreciação da matéria por mais de um órgão judicial, ou seja, a decisão judicial comporta recurso);

b) a fiscalização abstrata é exercida de forma concentrada ("abstrato" implica a noção de que a lei é analisada quanto à sua constitucionalidade com base unicamente no confronto entre o seu texto e o da Constituição, sem que se aprecie sua aplicação a um caso concreto, sem que exista nenhum direito subjetivo em jogo; "concentrado" significa que um único tribunal é competente para apreciar a matéria objeto da ação, sem possibilidade de recurso para outros tribunais).

Entretanto, essa regra não é absoluta.

Com efeito, existem hipóteses em que a competência para realizar o controle de constitucionalidade está concentrada no órgão de cúpula do Poder Judiciário (controle concentrado), mas a ação a ele apresentada trata de um caso concreto, sendo a questão constitucional discutida incidentalmente (controle incidental). Nessas situações, o controle incidental é realizado na jurisdição concentrada (e não na jurisdição difusa, como é a regra).

Exemplo dessa situação é a competência exclusiva outorgada ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, o *habeas corpus*, o *habeas data* e o mandado de segurança nas hipóteses previstas no art. 102, I, "d", da Constituição Federal, quando essas ações envolvam, incidentalmente, apreciação de uma questão constitucional. Nessa situação, a jurisdição é concentrada (a competência para apreciar essas ações é exclusiva do Supremo Tribunal Federal), mas o controle da questão constitucional que tenha sido suscitada é exercido incidentalmente (porque tais ações somente podem ser ajuizadas diante de ofensa a direito subjetivo, *in concreto;* por isso, a questão principal concerne a um direito subjetivo que o autor entenda possuir, e apenas incidentalmente é posta a questão constitucional).

Outro exemplo é a hipótese de controle judicial do processo legislativo de elaboração das leis e emendas à Constituição, em que o Supremo Tribunal Federal admite a impetração de mandado de segurança por parlamentar, com o fim de sustar o andamento da proposição legislativa. Nesse caso, o controle também é concentrado (pois caberá, exclusivamente, ao

STF julgar o mandado de segurança, porquanto é da competência exclusiva desse Tribunal apreciar a validade dos atos e condutas emanados do Congresso Nacional, suas Casas, suas Comissões e seus membros), mas é realizado incidentalmente, diante de um caso concreto (diante de uma específica proposta de emenda constitucional ou projeto de lei que afronte o direito subjetivo líquido e certo do congressista de não participar de uma deliberação que desrespeite a Constituição).

Da mesma forma, existe uma situação excepcional em que o controle abstrato envolve mais de um Tribunal do Poder Judiciário, ou seja, é realizado no modelo difuso. Cuida-se da situação em que uma lei estadual ou municipal é impugnada no controle abstrato (isto é, "em tese") perante o Tribunal de Justiça por violar dispositivo da Constituição Estadual que seja **mera reprodução da Constituição Federal.** Nesse caso, como a lei estadual ou municipal foi impugnada por desrespeitar dispositivo da Constituição Estadual que é mera reprodução de norma da Constituição Federal, contra a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça será cabível recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. Com isso, teremos hipótese de controle abstrato (haja vista que a impugnação da norma perante o Tribunal de Justiça foi "em tese", isto é, sem relação com nenhum caso concreto, com nenhum direito subjetivo) realizado de forma difusa (porque a controvérsia será apreciada por mais de um Tribunal do Poder Judiciário).

Em suma, não obstante ser comum a utilização das expressões "controle concentrado" e "controle abstrato" como sinônimas, a verdade é que, a rigor, nem sempre elas coincidem, existindo, como acima visto, situações em que o controle é concentrado, porque efetuado exclusivamente pelo órgão de cúpula do Judiciário, porém concreto, envolvendo direito ou interesse subjetivo, e não discussão, em tese, de lei ou ato normativo. Essa mesma crítica é válida para o emprego das expressões "controle difuso" e "controle incidental" como sinônimas, pois, como visto, há hipótese de fiscalização abstrata no modelo difuso.

10. FISCALIZAÇÃO NÃO-JURISDICIONAL

O controle de constitucionalidade judicial no Brasil é muito rico. Nele, todos os membros do Poder Judiciário exercem a jurisdição constitucional. Esta, a jurisdição constitucional, por sua vez, é realizada, simultaneamente, de forma difusa e concentrada. Ainda, a impugnação das leis e atos normativos pode se dar tanto pela via incidental, como questão prejudicial nos casos concretos submetidos à apreciação judicial, quanto pela via abstrata, em ações especialmente criadas para esse fim.

Ademais, cabe destacar que a instauração do controle abstrato por um dos entes constitucionalmente legitimados não obsta a possibilidade de a mesma norma ser impugnada simultaneamente no controle incidental, diante de um caso concreto. Assim, o fato de ser proposta uma ADI perante o Supremo Tribunal Federal contra certa lei não impede que essa mesma lei seja impugnada, no controle incidental, por qualquer pessoa que se sinta lesada pelos seus termos.

Mas, não só o Poder Judiciário exerce a fiscalização da constitucionalidade das leis no nosso País. Os demais Poderes da República, Executivo e Legislativo, também dispõem, em situações especiais, do poder de fiscalizar a validade das leis, como se verá a seguir.

10.1. Poder Legislativo

Na contemporânea concepção do postulado da divisão de poderes, incumbe ao Legislativo, precipuamente, a denominada função normativa, de elaborar as espécies legislativas do ordenamento jurídico. Por esse motivo, parte da doutrina refuta a possibilidade de atuação desse poder como fiscalizador da validade das leis, sob o fundamento de que não se pode considerar como fiscalização da constitucionalidade a manifestação acerca da validade de uma norma emitida pelo próprio poder encarregado de elaborar essa norma. A função de elaboração normativa seria, assim, incompatível com a função de fiscalizar a validade dessas mesmas normas, ante a ausência de imparcialidade e independência do órgão fiscalizador.

Em que pese a objeção acima registrada, o fato é que, na vigência da Carta Política de 1988, o Poder Legislativo dispõe de certas competências que, irrefutavelmente, consubstanciam juízo sobre a constitucionalidade das leis.

A primeira manifestação do Poder Legislativo apontada como fiscalização da constitucionalidade ocorre nos trabalhos da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), no âmbito das Casas do Congresso Nacional.

Essa Comissão, presente na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, manifesta-se sobre as proposições submetidas à apreciação do Poder Legislativo (projetos de lei, propostas de emenda à Constituição etc), podendo concluir, por meio de parecer, pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade da matéria examinada. A previsão para esse exame de constitucionalidade está nos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados (art. 53, III) e do Senado Federal (arts. 101, I, e 253).

A fiscalização da CCJ consubstancia controle político preventivo de constitucionalidade, tendo por objeto evitar que ingresse no ordenamento jurídico espécie normativa com algum vício de inconstitucionalidade.

Outro juízo de constitucionalidade manifestado pelo Poder Legislativo está prescrito no art. 49, V, da Constituição Federal.

Esse dispositivo autoriza o Congresso Nacional a sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. Tal poder conferido ao Legislativo é denominado por parte da doutrina "veto legislativo".

Desse modo, por força do art. 49, V, da Constituição, em duas hipóteses o Poder Legislativo tem competência para sustar atos inconstitucionais do Executivo:

a) quando o Poder Executivo exorbita dos limites do poder regulamentar, na edição de atos infralegais regulamentares;

b) quando o Poder Executivo exorbita dos limites da delegação legislativa, na edição de leis delegadas.

A primeira hipótese diz respeito à fiscalização legislativa do exercício do poder regulamentar pelo chefe do Executivo. É sabido que vigora entre nós, como elemento inerente ao Estado de Direito, o princípio da legalidade (supremacia da lei ou império da lei), em razão do qual o indivíduo só poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se a lei assim determinar (CF, art. 5.°, II).

Ressalvada a hipótese extremamente restrita de edição de decretos autônomos (CF, art. 84, VI), o Chefe do Poder Executivo só poderá expedir decretos para a fiel execução das leis, os denominados decretos regulamentares (CF, art. 84, IV).

O decreto regulamentar, como se sabe, não é ato normativo primário (não deriva diretamente da Constituição), mas dependente da lei, ou seja, é expedido em função de uma lei e a ela é inteiramente subordinado. Sua função é regulamentar, explicitar, desdobrar o conteúdo da lei, facilitando e uniformizando a sua aplicação. Jamais poderá o decreto regulamentar contrariar ou ultrapassar os ditames da lei, criando ou suprimindo direitos ou obrigações novos, não previstos no texto legal. Se isso ocorrer, o decreto poderá, com base no art. 49, V, da Constituição, ser sustado pelo Congresso Nacional, uma vez que se trata de exercício, pelo Chefe do Executivo, de competência não prevista na Carta da República, vale dizer, de atuação inconstitucional do Presidente da República.

A segunda hipótese versa sobre a edição de leis delegadas pelo Chefe do Executivo. As leis delegadas são elaboradas a partir de uma autorização dada pelo Congresso Nacional ao Presidente da República para legislar sobre determinada matéria, nos termos do art. 68 da Constituição Federal.

A delegação do Congresso Nacional, efetivada por meio de resolução, especificará seu conteúdo e os termos do seu exercício. Enfim, a delegação

legislativa deve ter conteúdo determinado, preciso, definido, não podendo constituir um "cheque em branco" para a atuação legislativa do Presidente da República.

Caso o Chefe do Executivo extrapole o objeto da delegação, legislando além dos limites traçados pela resolução, o Congresso Nacional poderá, por ato próprio, sustar os efeitos da lei delegada exorbitante.

O ato do Congresso Nacional surtirá efeitos não-retroativos *(ex nunc),* porquanto não se cuida de pronúncia de inconstitucionalidade, mas sim de sustação de eficácia. De toda sorte, por força desse dispositivo constitucional (art. 49, V), o Congresso Nacional não precisa recorrer ao Poder Judiciário para paralisar os efeitos do ato normativo ou da lei delegada exorbitante. O próprio Parlamento, por decreto legislativo, pode sustar os seus efeitos.

A apreciação das medidas provisórias adotadas pelo Chefe do Executivo (CF, art. 62) também é apontada como manifestação do Legislativo na fiscalização da constitucionalidade, uma vez que da apreciação legislativa poderá resultar a rejeição total da medida provisória, seja pelo desatendimento dos pressupostos constitucionais para sua adoção (relevância e urgência), seja por entender o Congresso que a medida provisória contraria materialmente a Constituição.

Deve-se salientar que todas essas manifestações do Poder Legislativo - fiscalização da CCJ, sustação do ato exorbitante do Executivo e apreciação de medida provisória - não são dotadas de força definitiva, vale dizer, não afastam a possibilidade de ulterior apreciação judicial.

Assim, a manifestação da CCJ pela constitucionalidade da proposição a ela submetida não afasta a competência do Poder Judiciário para, ulteriormente, declarar inconstitucional a lei resultante.

A conversão em lei de uma medida provisória pelo Congresso Nacional não obsta a ulterior declaração da inconstitucionalidade dessa lei pelo Poder Judiciário, caso seja provocado.

Da mesma forma, a ausência de sustação de uma lei delegada exorbitante da delegação legislativa não interdita a eventual declaração de inconstitucionalidade dessa mesma lei pelo Poder Judiciário, seja em razão de seu conteúdo, seja por desrespeito aos requisitos formais do processo legislativo dessa espécie normativa.

Ademais, entende o STF que o próprio ato do Congresso Nacional (decreto legislativo), que, nos termos do art. 49, V, da Carta Política, susta os efeitos de ato do Poder Executivo, está sujeito ao controle repressivo judicial.

Isso significa que, editado o decreto legislativo de sustação pelo Congresso Nacional, poderá o Chefe do Executivo pleitear judicialmente a

declaração de inconstitucionalidade desse ato, por meio de ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. Caso a Corte julgue a ADI procedente, o decreto legislativo será fulminado (eficácia *erga omnes)* e o ato do Poder Executivo, que estava com a eficácia sustada, retomará seus plenos efeitos.

Dois outros pontos acerca da atuação do Poder Legislativo merecem destaque.

Primeiro, a inexistência, entre nós, da possibilidade de se suspender, mediante ato do Poder Legislativo, decisão judicial que tenha declarado a inconstitucionalidade de ato normativo.

Essa odiosa prática, típica de Estado antidemocrático, já existiu no Brasil, sob a égide da Constituição de 1937, quando o Parlamento tinha competência para confirmar a validade de uma lei, cassando decisão anterior do Poder Judiciário em sentido contrário. Permitia-se ao Poder Legislativo a "constitucionalização" de normas consideradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Atualmente é incontroverso que esse instituto não poderia ser introduzido no Brasil, ainda que por meio de emenda à Constituição, por força da cláusula pétrea que inibe a deliberação sobre emenda tendente a abolir a separação dos poderes (CF, art. 60, § 4.°, III).

Segundo, o fato de que em nosso sistema jurídico não se admite a declaração da inconstitucionalidade (nulidade) de lei ou de ato normativo com força de lei por lei ou ato normativo posteriores.[10] Esse controle de constitucionalidade, de forma definitiva, é da competência exclusiva do Poder Judiciário. Não é legítimo, portanto, ao Poder Legislativo declarar, por meio de nova lei, a nulidade de lei anterior, sob alegação de incompatibilidade desta com a Constituição. Eventual ato legislativo nesse sentido será interpretado como ato de mera revogação da lei anterior, com eficácia prospectiva *(ex nunc).*

CONTROLE DO LEGISLATIVO	CCJ	apreciação preventiva das proposições submetidas à deliberação do Poder Legislativo.
	VETO LEGISLATIVO	sustação dos atos normativos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar.
	APRECIAÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS	o Poder Legislativo aprecia as MP, sob os aspectos formal e material.

[10] ADIMC 221/DF, rei. Min. Moreira Alves, 29.03.1990.

10.2. Poder Executivo

A doutrina aponta três situações em que o Poder Executivo atua como fiscal da validade das leis.

A primeira diz respeito ao exercício do poder de veto com fundamento na inconstitucionalidade, nos termos do art. 66, § 1.°, da Constituição Federal.

Dispõe o § 1.° do art. 66 da Constituição Federal que compete ao Presidente da República vetar projeto de lei, total ou parcialmente, quando entendê-lo inconstitucional (veto jurídico) ou contrário ao interesse público (veto político).

Observa-se, assim, que um dos motivos que autorizam o veto do Presidente da República ao projeto de lei é o entendimento de que ele é inconstitucional.

É sabido que no Brasil o processo de criação das leis se encerra, em regra, com a sanção do Presidente da República, quando ele manifesta sua concordância com o projeto aprovado pelo Legislativo. Não seria razoável, pois, admitir-se que o Presidente da República, participante do processo legislativo, permanecesse inerte frente a um projeto que ele entenda desrespeitar a Constituição, e que, caso convertido em lei, gozaria da denominada presunção de constitucionalidade. Diante dessa situação, deve o Chefe do Poder Executivo vetar o projeto de lei, evitando a formação de uma espécie normativa contrária ao texto constitucional.

Essas mesmas considerações valem, evidentemente, para o Chefe do Poder Executivo nos estados-membros, no Distrito Federal e nos municípios, que também exerce o poder de veto a projeto de lei do respectivo ente político.

A doutrina brasileira tem reconhecido nesse ato do Chefe do Executivo - veto jurídico ao projeto de lei - espécie de controle preventivo de constitucionalidade, que tem por objeto evitar que ingresse no mundo jurídico norma incompatível com a Constituição.

Ainda sobre o assunto, é importante ressaltar que o veto do Chefe do Poder Executivo não possui força definitiva, porque pode ser superado pelo Poder Legislativo. No âmbito federal, a manifestação do Presidente da República será objeto de apreciação pelo Congresso Nacional, que, nos termos do art. 66, § 4.°, da Carta Política, poderá rejeitar o veto pelo voto da maioria absoluta de seus membros, em sessão conjunta. O mesmo ocorre com o veto do Governador e do Prefeito, que será apreciado pelo Poder Legislativo local, podendo ser superado por maioria absoluta dos votos dos respectivos parlamentares.

A segunda hipótese de fiscalização da constitucionalidade pelo Executivo diz respeito à possibilidade de inexecução pelo Chefe do Poder Executivo de lei por ele considerada inconstitucional.

O Poder Executivo, assim como os demais Poderes da República, está obrigado a agir nos estritos termos prescritos pela Constituição Federal. Não seria razoável, portanto, pretender-se obrigar o Chefe do Poder Executivo a dar cumprimento a uma lei que ele entenda flagrantemente inconstitucional.

Com efeito, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o chefe do Poder Executivo pode determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considere inconstitucionais."

Concede-se, nesse caso, ao Chefe do Poder Executivo, um poder de autodefesa, para melhor atender ao interesse público, admitindo-se, excepcionalmente, a negativa de aplicação da lei considerada inconstitucional.

Ressalte-se, apenas, que essa competência é exclusiva do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador ou Prefeito), o que veda a possibilidade de qualquer funcionário administrativo subalterno descumprir a lei sob a alegação de inconstitucionalidade. Os demais servidores do Poder Executivo, sempre que vislumbrem vício de inconstitucionalidade legislativa, podem propor a sujeição da matéria ao chefe desse Poder.

É importante anotar, também, que essa competência da autoridade máxima do Poder Executivo somente poderá ser exercida caso inexista manifestação definitiva e vinculante do Poder Judiciário sobre a constitucionalidade da lei. Se já houver decisão definitiva do Poder Judiciário pela validade da lei, não poderá o Chefe do Executivo descumpri-la. Tal desobediência, se perpetrada pelos Governadores ou Prefeitos, enseja intervenção, nos termos, respectivamente, do art. 34, VI, e do art. 35, IV, da Constituição da República.

Da mesma forma, se for determinada a não-aplicação da lei, no âmbito administrativo, pela autoridade máxima do Poder Executivo e, ulteriormente, o Judiciário vier a considerar a lei constitucional, aquela autoridade deverá restabelecer, de imediato, a sua aplicação.

O Poder Executivo também fiscaliza a obediência à Constituição Federal por meio do processo de intervenção, haja vista que este funciona como meio excepcional de controle de constitucionalidade, como medida última para o restabelecimento da observância da Constituição por um ente federado. Nos termos do art. 84, X, da Carta da República, compete privativamente ao Presidente da República decretar e executar a intervenção federal nos estados e no Distrito Federal (e, ainda, nos municípios localizados em Territórios Federais). Se a intervenção for em município localizado em estado-membro, a competência para sua decretação e execução é exclusiva do respectivo Governador (CF, art. 35).

ADIMC 221/DF, rei. Min. Moreira Alves, 29.03.1990.

CONTROLE DO EXECUTIVO	VETO DO CHEFE DO EXECUTIVO	o Chefe do Executivo pode vetar o projeto de lei por entendê-lo inconstitucional.
	INAPLICAÇÃO DE LEI PELO CHEFE DO EXECUTIVO	o Chefe do Executivo - federal, estadual ou municipal - pode afastar a aplicação de lei por ele considerada inconstitucional.
	PROCESSO DE INTERVENÇÃO	nas hipóteses constitucionalmente admitidas, o Chefe do Executivo pode decretar a intervenção, como meio de restabelecer o cumprimento da Constituição.

10.3. Tribunais de contas

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os tribunais de contas, no desempenho de suas atribuições constitucionais, possuem competência para realizar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público, podendo afastar a aplicação daqueles que entenderem inconstitucionais.[12]

Exemplificando, suponha que determinada Corte de Contas - da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios - esteja apreciando um processo de aposentadoria de servidor público e que recentemente tenha sido publicada uma lei que incida sobre a questão. Nessa hipótese, caso a Corte entenda que essa lei é inconstitucional, poderá, por maioria absoluta de votos (CF, art. 97), declará-la inconstitucional, afastando a sua aplicação ao caso concreto.

Destacamos, porém, que essa atuação dos tribunais de contas não afasta a possibilidade de posterior apreciação da lei ou ato normativo pelo Poder Judiciário, se provocado.

11. CONTROLE DIFUSO

11.1. Introdução

O controle de constitucionalidade difuso tem sua origem nos Estados Unidos da América (EUA) - sendo, por esse motivo, conhecido como sistema americano de controle - e baseia-se no reconhecimento da inconstituciona-

[12] STF, Súmula 347: "O Tribunal de Contas, no exercicio de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público."

lidade de um ato normativo por qualquer componente do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, em face de um caso concreto submetido a sua apreciação. O órgão do Poder Judiciário, declarando a inconstitucionalidade de norma concernente ao direito objeto da lide, deixa de aplicá-la ao caso concreto.

Por outras palavras, na discussão de uma relação jurídica qualquer, submetida à apreciação do Poder Judiciário, suscita-se a dúvida sobre a constitucionalidade de um ato normativo relacionado com a lide. Surge, então, a necessidade de o Poder Judiciário apreciar a constitucionalidade de tal ato normativo para proferir a sua decisão no processo. Ao apreciar a questão constitucional, como antecedente necessário e indispensável ao julgamento do mérito do caso em exame, o juiz ou tribunal estará realizando o denominado controle difuso.

É fácil notar, pois, que, no controle difuso, quando o autor da ação procura a tutela do Poder Judiciário, sua preocupação inicial não é com a inconstitucionalidade da lei em si. Seu objetivo é a tutela de um determinado direito concreto, que esteja sofrendo lesão ou ameaça de lesão por alguém (a outra parte na ação). A constitucionalidade só é apreciada porque esse direito pretendido envolve a aplicação de uma lei, e essa lei é inquinada de inconstitucional pela parte que pretende vê-la afastada.

Então, sendo argüida a inconstitucionalidade da norma, o juiz, para reconhecer ou negar o direito do autor, vê-se obrigado a examinar a questão de constitucionalidade suscitada. Por isso se diz que no controle difuso o objeto da ação não é a constitucionalidade em si, mas sim uma relação jurídica concreta qualquer.

Pela mesma razão, tal controle é também denominado: incidental, *incidenter tantum*, por via de exceção, por via de defesa, concreto ou indireto. Todas essas designações remetem ao fato de que, no controle difuso, a controvérsia sobre a constitucionalidade representa uma questão acessória (um incidente) a decidir, surgida no curso de uma demanda judicial que tem como objeto principal o reconhecimento ou a proteção de um direito alegado em um caso concreto.

Exatamente por surgir no curso de um processo comum, o controle de constitucionalidade difuso pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário. Qualquer órgão jurisdicional, juiz ou tribunal, poderá examinar a constitucionalidade da lei e, portanto, declará-la inconstitucional, com o fito de afastar a sua aplicação ao caso concreto por ele apreciado. Os juizes de primeiro grau, os diversos tribunais do País, todos têm aptidão para decidir, no âmbito de sua competência, sobre a constitucionalidade das leis no controle difuso.

Evidentemente, as decisões sobre a constitucionalidade proferidas pelos órgãos inferiores do Poder Judiciário não são, em princípio, definitivas,

podendo a controvérsia ser levada, em última instância, ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário (CF, art. 102, III).

Em suma, quando o Poder Judiciário aprecia uma controvérsia constitucional suscitada diante de um caso concreto a ele submetido, em sede de ações diversas (mandado de segurança, *habeas corpus, habeas data,* ação civil pública, ação popular, ação ordinária etc), estamos diante do denominado controle difuso.

11.2. Legitimação ativa

Como o controle de constitucionalidade incidental dá-se no curso de uma ação submetida à apreciação do Poder Judiciário, todos os intervenientes no procedimento poderão provocar o órgão jurisdicional para que declare a inconstitucionalidade da norma no caso concreto.

Dessa forma, têm legitimidade para iniciar o controle de constitucionalidade concreto: as partes do processo, os eventuais terceiros admitidos como intervenientes no processo e o representante do Ministério Público que oficie no feito, como fiscal da lei *(custos legis).*

Ademais, o juiz ou tribunal, de ofício, independentemente de provocação, poderá declarar a inconstitucionalidade da lei, afastando a sua aplicação ao caso concreto, já que esses têm por poder-dever a defesa da Constituição.

Note-se que a declaração da inconstitucionalidade no caso concreto **não** está dependente do requerimento das partes ou do representante do Ministério Público. Ainda que estes não suscitem o incidente de inconstitucionalidade, o magistrado poderá, de ofício, afastar a aplicação da lei ao processo, por entendê-la inconstitucional.

Em síntese, dispõem de legitimação para suscitar o incidente de inconstitucionalidade:

a) as partes do processo;

b) terceiros admitidos como intervenientes no processo;

c) o representante do Ministério Público;

d) o juiz ou tribunal, de ofício.

11.3. Espécies de ações judiciais

O controle de constitucionalidade incidental pode ser iniciado em toda e qualquer ação submetida à apreciação do Poder Judiciário em que haja um interesse concreto em discussão, qualquer que seja a sua natureza. Ações de

natureza cível, criminal, administrativa, tributária, trabalhista, eleitoral etc. - todas se prestam à efetivação do controle de constitucionalidade concreto.

Não interessa sequer a espécie de processo, podendo ser suscitado o incidente de inconstitucionalidade em processos de conhecimento, de execução ou cautelar, seja qual for a matéria discutida. Desse modo, ações como o mandado de segurança, o *habeas corpus*, a ação popular, a ação ordinária etc. - todas são idôneas para a efetivação do controle de constitucionalidade concreto.

Muito se discutiu a respeito de ser, ou não, a ação civil pública instrumento idôneo para a realização do controle de constitucionalidade das leis. Isso porque, como a decisão proferida nessa ação coletiva é dotada de eficácia geral *{erga omnes)*, muitos entenderam que o exercício do controle de constitucionalidade no seu bojo implicaria flagrante usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, já que essa eficácia geral é própria da jurisdição concentrada exercida por esta Corte Maior.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a ação civil pública pode ser utilizada como instrumento de controle de constitucionalidade, desde que com feição de controle incidental, isto é, desde que tenha como pedido principal certa e concreta pretensão e, apenas como fundamento desse pedido, seja suscitada a inconstitucionalidade da lei em que se funda o ato cuja anulação é pleiteada.

O que não se admite é o uso da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, isto é, tendo por objeto principal a declaração da inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo do Poder Público, haja vista que, nessa situação, haveria usurpação da competência privativa do Supremo Tribunal Federal para realizar a jurisdição abstrata, com eficácia geral, em face da Constituição Federal.

Para ilustrar, o Ministério Público poderia, por exemplo, ajuizar uma ação civil pública visando à anulação de um concurso público estadual, realizado com base em lei supostamente inconstitucional aprovada pelo respectivo estado-membro. Nessa situação, o magistrado poderá, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade da lei estadual e, em decorrência, determinar a anulação do respectivo concurso público, com efeitos exclusivamente para as partes alcançadas pela ação, naquele caso concreto.

Note-se que, nesse exemplo, o pedido principal da ação civil pública não é a declaração da inconstitucionalidade da lei estadual em si, mas sim a anulação do concurso público. Vale dizer, a lei não foi impugnada em tese, abstratamente, mas sim diante de um caso concreto, sendo o requerimento da declaração de inconstitucionalidade da lei mero incidente, como fundamento para a anulação do certame.

Por fim, vale lembrar que o controle incidental poderá ter como objeto toda e qualquer espécie normativa (leis e atos administrativos normativos

em geral), editada pela União, pelos estados, pelo Distrito Federal ou pelos municípios. Significa dizer que qualquer juiz ou tribunal poderá, respeitada a sua esfera de competência, apreciar a validade de quaisquer leis ou atos administrativos federais, estaduais, distritais ou municipais, inclusive daqueles editados sob a égide de Constituições pretéritas, neste caso para afirmar a sua recepção (ou revogação) pela Carta de 1988.

11.4. Competência

No controle difuso, qualquer órgão do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei, com o fim de afastar a sua aplicação ao caso concreto.

No primeiro grau, o juiz singular é competente para examinar a questão constitucional suscitada no caso concreto a ele submetido. Se o magistrado entender que a lei desrespeita a Constituição, deverá proclamar a sua inconstitucionalidade, não a aplicando ao caso concreto em questão.

Da mesma forma, todos os tribunais do Poder Judiciário são competentes para declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público atinentes aos processos a eles submetidos. Os tribunais de segundo grau, os tribunais superiores e o próprio Supremo Tribunal Federal realizam controle difuso de constitucionalidade, nos casos concretos submetidos a sua apreciação.

Entretanto, os tribunais só poderão declarar a inconstitucionalidade das leis e demais atos do Poder Público pelo voto da maioria absoluta dos seus membros ou pela maioria absoluta dos membros do respectivo órgão especial. Essa regra especial para a declaração da inconstitucionalidade pelos tribunais, denominada "reserva de plenário", será examinada no subitem seguinte.

11.4.1. Declaração da inconstitucionalidade pelos tribunais - a reserva de plenário

Conforme visto, no âmbito do controle difuso qualquer órgão do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, possui competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo conflitantes com a Constituição, com o fim de afastar a sua aplicação ao caso concreto.

Um juiz de primeiro grau, portanto, de acordo com sua livre convicção, poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei, negando-lhe aplicação ao caso concreto. Deverá, apenas, motivar sua decisão, por força do art. 93, inciso IX, da Carta da República, que impõe a obrigatoriedade de fundamentação para todos os julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário.

No entanto, em relação à atuação dos tribunais, a Constituição Federal contém regra específica para a declaração de inconstitucionalidade, conhecida como "reserva de plenário", expressamente consagrada no seu art. 97:

> Ari 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

A reserva de plenário, pois, implica a exigência constitucional de procedimento especial para a declaração de inconstitucionalidade por qualquer tribunal do País, na sua esfera de competência. No âmbito de um tribunal, a declaração de inconstitucionalidade deverá observar, obrigatoriamente, sob pena de nulidade da decisão, a reserva de plenário.

Essa exigência de maioria absoluta garante maior segurança, maior estabilidade ao ordenamento jurídico, realçando o princípio da presunção de constitucionalidade das leis. Com efeito, ao impor necessidade de maioria absoluta para que os tribunais possam declarar a inconstitucionalidade, o constituinte reforçou sobremaneira a presunção de constitucionalidade das leis, pois sempre que não se logre atingir esse *quorum,* a norma será tida por constitucional; fica afastada a possibilidade de um dos membros do tribunal (ou alguns poucos de seus integrantes) decidir, isoladamente, que uma lei deva ser considerada inconstitucional.

Vale observar que a maioria absoluta dos membros do tribunal ou do seu órgão especial é diferente da maioria dos juizes presentes (maioria simples). Para a declaração de inconstitucionalidade ser válida é preciso que ela seja proferida pela maioria absoluta dos juizes integrantes do tribunal, ou do órgão especial, independentemente do número dos presentes à seção de julgamento.

A previsão constitucional de instituição, pelos tribunais, de órgão especial encontra-se no art. 93, inciso XI, nos seguintes termos: "nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno".

Naqueles tribunais em que haja órgão especial, a inconstitucionalidade poderá ser declarada pelo voto da maioria absoluta do plenário do tribunal ou do respectivo órgão especial. Não havendo órgão especial, a declaração de inconstitucionalidade somente poderá ser proferida por deliberação do plenário.

Significa dizer que os órgãos fracionários (turmas, câmaras e seções) e monocráticos dos tribunais estão impedidos de declarar a inconstitucionalidade das leis. Nem mesmo pela unanimidade de seus membros, os órgãos fracionários poderão declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público. Assim, sempre que acatada uma argüição de inconstitucionalidade pelo órgão fracionário, o incidente deverá ser submetido ao Plenário ou ao órgão especial, para que este decida sobre a questão constitucional, por maioria absoluta de seus membros. Decidida a questão constitucional, os autos são devolvidos ao órgão fracionário, para que este julgue o caso concreto e lavre o respectivo acórdão (aplicando ao caso concreto, evidentemente, a posição firmada pelo plenário ou órgão especial sobre a inconstitucionalidade argüida).

A reserva de plenário vincula todos os tribunais do País, exigindo de todos a necessidade de *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade, quer seja em face da Constituição Federal, quer seja frente a Constituição estadual. O Supremo Tribunal Federal, os tribunais superiores, os demais tribunais judiciários, federais e estaduais, os tribunais de contas - todos eles estão subordinados à obediência da reserva de plenário ao proclamar a inconstitucionalidade das leis.

Não respeitada a exigência do art. 97 da Constituição Federal, será ilegítima, absolutamente nula, a decisão do órgão colegiado, seja no exercício do controle incidental, seja na efetivação do controle abstrato.

No entanto, interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da exigibilidade de observância da cláusula de "reserva de plenário" resultou em certa flexibilização desse instituto.

Segundo o STF, a razão de ser da regra do art. 97 está na necessidade de evitar que órgãos fracionários apreciem, **pela primeira** vez, a pecha de inconstitucionalidade atribuída a certo ato normativo. Desse modo, por razões de economia e celeridade processuais, existindo declaração anterior de inconstitucionalidade promanada do órgão especial ou do plenário do tribunal, ou do plenário do Supremo Tribunal Federal, não há necessidade, nos casos futuros, de observância da reserva de plenário estatuída no art. 97 da Constituição, podendo os órgãos fracionários aplicar diretamente o precedente às novas lides, declarando, eles próprios, a inconstitucionalidade das leis.

Assim, deixou assente o Tribunal que, uma vez já declarada a inconstitucionalidade de determinada norma legal pelo órgão especial ou pelo plenário do tribunal, ou pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, ficam as turmas ou câmaras da corte autorizadas a aplicar o precedente aos casos futuros, sem que haja a necessidade de nova remessa ao plenário ou ao órgão especial, porquanto já preenchida a exigência contida no art. 97 da Constituição.[13]

RE 199.017/RS, rei. Min. limar Galvão, 02.02.1999.

Essa orientação do Supremo Tribunal Federal restou positivada com a nova redação dada pela Lei n.° 9.756/1998 ao parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil (CPC), abaixo transcrito:

> Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucíonalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Em face dessas considerações, temos, em síntese, o seguinte:

a) a exigência da reserva de plenário somente é aplicável à apreciação da primeira controvérsia envolvendo a inconstitucíonalidade de determinada lei;

b) a partir do momento em que já houver decisão do plenário ou do órgão especial do respectivo tribunal, ou do plenário do Supremo Tribunal Federal, não mais há que se falar em cláusula de reserva de plenário, passando os órgãos fracionários a dispor de competência para proclamar, eles próprios, a inconstitucionalidade da lei, observado o precedente fixado por um daqueles órgãos (plenário ou órgão especial do próprio tribunal ou plenário do STF);

c) se houver divergência entre a decisão do órgão do tribunal (plenário ou órgão especial) e a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, deverão os órgãos fracionários dar aplicação, nos casos futuros submetidos a sua apreciação, à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, esclarecemos que também não se submete à reserva de plenário a aferição da recepção ou da revogação do direito pré-constitucional, editado sob a égide de Constituições pretéritas. Isso porque, conforme já analisado, o Supremo Tribunal Federal entende que a incompatibilidade desse direito pré-constitucional com texto constitucional superveniente é resolvida pela revogação, não havendo que se falar em inconstitucionalidade. Desse modo, como a reserva de plenário é regra constitucional aplicável, estritamente, à declaração de **inconstitucionalidade** pelos tribunais, não há que se falar na sua aplicação na aferição da revogação (ou da recepção) do direito pré-constitucional.[14]

Conforme lição do Ministro Celso de Mello, a discussão em torno da incidência, ou não, do postulado da recepção - precisamente por não envolver qualquer juízo de inconstitucionalidade (mas, sim, quando for o caso, o de simples revogação de diploma pré-constitucional) - dispensa, por tal motivo, a aplicação do princípio da reserva de Plenário (CF, art. 97), legitimando, por isso mesmo, a possibilidade de reconhecimento, por órgão fracionário

11.5. Recurso extraordinário

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo da Justiça brasileira, cabendo-lhe, especialmente, a guarda da Constituição Federal.

Para o cumprimento dessa nobre tarefa, o Supremo Tribunal Federal atua não só na jurisdição concentrada,[15] mas também como órgão revisor das decisões incidentais proferidas pelos órgãos inferiores do Poder Judiciário nos casos concretos, quando a controvérsia é levada ao seu conhecimento por meio do recurso ordinário (art. 102, II) ou do recurso extraordinário (art. 102, III).

Ressalvadas as estritas hipóteses de cabimento do recurso ordinário (CF, art. 102, II), o recurso extraordinário é o meio idôneo para a parte interessada, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, levar ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsia constitucional concreta, suscitada nos juízos inferiores.

Com efeito, estabelece a Constituição Federal que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida (art. 102, III):

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Embora a Constituição não o tenha estabelecido expressamente, as controvérsias envolvendo a aplicação do direito pré-constitucional, editado sob a égide de Constituições pretéritas, também podem ser objeto de recurso extraordinário com base nesse dispositivo constitucional, para que o Supremo Tribunal Federal firme entendimento sobre a sua recepção ou revogação pela Constituição Federal de 1988.

Deve-se notar que a Constituição Federal não exige que a decisão recorrida tenha sido proferida por algum tribunal, o que torna cabível o recurso

do Tribunal, de que determinado ato estatal não foi recebido pela nova ordem (RE AgR 395.902/RJ, 2ª T., rei. Min. Celso de Mello, 07.03.2006).

[15] Na jurisdição concentrada, o Supremo Tribunal Federal realiza o controle abstrato, previsto na alínea "a" do inciso I do art. 102, e também o controle concreto, no desempenho de suas competências originárias previstas nas demais alíneas do inciso I do art. 102 da Constituição.

extraordinário das decisões de juiz singular, nas hipóteses em que não existir recurso ordinário, e dos juizados especiais criminais e cíveis.

A Emenda Constitucional n.° 45/2004 trouxe duas importantes inovações em relação ao cabimento do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal.

Primeiro, ampliou as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, passando a dispor que o recurso será cabível, também, quando a decisão recorrida tiver julgado válida lei local contestada em face de lei federal (CF, art. 102, III, "d"). Tal competência, até então, era do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de recurso especial.

Com essa alteração constitucional, passa-se a reconhecer que o conflito entre lei local e lei federal implica controvérsia constitucional, não meramente legal, como até então defluía do texto constitucional, uma vez que a discussão sobre a matéria era remetida ao Superior Tribunal de Justiça, por meio de recurso especial. Entendemos que andou bem o legislador constituinte derivado, ao operar essa alteração de competência, pois, se há conflito entre a lei local - estadual, distrital ou municipal - e a lei federal, a controvérsia é, em essência, de natureza constitucional, por envolver partilha e exercício de competências entre os entes federativos.

Entretanto, a competência repassada ao Supremo Tribunal Federal concerne ao exame de controvérsia, em recurso extraordinário, tão-somente quando a decisão recorrida julgar válida **lei** local (ato legislativo propriamente dito, em sentido estrito) contestada em face de lei federal. Se o conflito for de **ato** (atos administrativos em geral) de governo local contestado em face de lei federal, a competência permanece com o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial (CF, art. 105, III, "b").

Segundo, passou a exigir que o recorrente demonstre a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Supremo Tribunal Federal examine a admissão do recurso extraordinário. O § 3.° do art. 102 tem a seguinte redação:

> § 3.° No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Por força desse dispositivo constitucional, a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso passou a ser pressuposto constitucional de admissibilidade do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Em caso negativo - não demonstração

da repercussão geral das questões discutidas no caso pelo recorrente -, o Supremo Tribunal Federal poderá recusar o recurso extraordinário, desde que pela manifestação de dois terços de seus membros.

Importante destacar que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o requisito constitucional da "repercussão geral" aplica-se a todos os recursos extraordinários, inclusive às **causas criminais.**[16]

Esse expediente - possibilidade de recusa do recurso extraordinário pelo STF em razão da ausência de repercussão geral das questões discutidas no caso - foi o meio encontrado pelo legislador constituinte derivado para evitar que controvérsias concretas insignificantes, de absoluta irrelevância jurídica, sejam submetidas à apreciação do Supremo Tribunal Federal. O principal objetivo é a redução do número de processos na Corte, possibilitando que seus membros destinem mais tempo à apreciação de causas que realmente são de fundamental importância para garantir os direitos constitucionais dos cidadãos.

O exame da "repercussão geral" para o conhecimento do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal foi regulamentado pela Lei n.° 11.418, de 19.12.2006 (publicada em 20.12.2006, mas com vigência somente após sessenta dias desta data), nos termos a seguir comentados.

Determina a lei que, para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Dispõe, ainda, que **haverá** repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. Dessa forma, se o recurso extraordinário estiver impugnando decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, não haverá necessidade de exame quanto à presença de "repercussão geral" pelo Tribunal, pois nesse caso esta é presumida.

A existência da repercussão geral deverá ser demonstrada, em preliminar do recurso extraordinário, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em **decisão irrecorrível,** firmada por dois terços de seus membros (oito Ministros), não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não caracterizar repercussão geral.

Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

Note-se, portanto, que os órgãos fracionários do Supremo Tribunal Federal (Primeira e Segunda Turmas) também poderão decidir pela existência da

[16] AI (QO) 664.567/RS, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 18.06.2007.

repercussão geral, desde que mediante decisão de quatro votos (cada Turma é composta de cinco Ministros). Assim, se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, quatro votos, o recurso extraordinário será admitido, ficando dispensada a sua remessa ao Plenário.

Importante ressaltar que a **recusa** ao recurso extraordinário, pela inexistência de repercussão geral, somente poderá ser decidida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por dois terços dos seus membros (oito Ministros). Vale dizer, as Turmas não dispõem de competência para **recusar** o recurso extraordinário, em razão da inexistência da repercussão geral; elas somente poderão decidir, se for o caso, pela **existência** da repercussão geral, mediante o mínimo de quatro votos, situação em que o recurso extraordinário será admitido sem a necessidade de manifestação do Plenário.

Negada a existência da repercussão geral (sempre pelo Plenário), a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

Com a publicação da Lei n.° 11.418/2006, ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal a tarefa de estabelecer, em seu Regimento Interno, as normas necessárias à exigência do requisito da "repercussão geral". Como as alterações regimentais, imprescindíveis à execução da Lei n.° 11.418/2006, somente entraram em vigor no dia 03.05.2007, a exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha acontecido a partir desta data (03.05.2007).

11.6. Efeitos da decisão

Conforme já analisado, no controle incidental a inconstitucionalidade pode ser pronunciada por qualquer juiz ou tribunal do País, no curso de um caso concreto a ale submetido.

Dessa forma, a decisão no controle incidental pode ser proferida por um magistrado de primeiro grau, por um tribunal de segundo grau, ou por um tribunal superior, inclusive o Supremo Tribunal Federal, no curso de um caso concreto a eles submetido.

Como, em qualquer caso, seja perante o juízo de primeiro grau, seja perante o Supremo Tribunal Federal, o que se busca na via incidental é o simples afastamento da aplicação da lei ao caso concreto, os efeitos da decisão serão os mesmos, independentemente do órgão de que tenha sido emanada.

Assim, qualquer que tenha sido o órgão prolator, a decisão no controle de constitucionalidade incidental só alcança as partes do processo (eficácia *inter partes),* não dispõe de efeito vinculante e, em regra, produz efeitos retroativos *{ex tunc).*

A decisão só alcança as partes do processo porque no controle incidental o interessado, no curso de uma ação, requer a declaração da inconstitucionalidade da norma com a única pretensão de afastar a sua aplicação ao caso concreto. Logo, é somente para as partes que integram o caso concreto que o juízo estará decidindo, constituindo a sua decisão uma resposta à pretensão daquele que argüiu a inconstitucionalidade.

Com isso, a pronúncia de inconstitucionalidade não retira a lei do ordenamento jurídico. Em relação a terceiros, não participantes da lide, a lei continuará a ser aplicada, integralmente, ainda que supostamente esses terceiros se encontrem em situação jurídica semelhante à das pessoas que foram parte na ação em que foi declarada a inconstitucionalidade.

Assim, a pronúncia de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário na via incidental, proferida em qualquer nível, limita-se ao caso em litígio, no qual foi suscitado o incidente de constitucionalidade, fazendo coisa julgada apenas entre as partes do processo. Quer provenha a decisão dos juizes de primeira instância, quer emane do Supremo Tribunal Federal ou de qualquer outro tribunal do Poder Judiciário, sua eficácia será apenas *inter partes.*

Essa eficácia, em regra, surte efeitos *ex tunc,* isto é, opera retroativamente em relação ao caso que deu motivo à decisão (e, repita-se, só em relação a este), fulminando, desde o seu nascimento, a relação jurídica fundada na lei inconstitucional.

Embora a regra seja a pronúncia da inconstitucionalidade no controle concreto ter eficácia retroativa *{ex tunc),* poderá o Supremo Tribunal Federal, por dois terços dos seus membros, em situações excepcionais, tendo em vista razões de segurança jurídica ou relevante interesse social, outorgar efeitos meramente prospectivos *{ex nunc)* à sua decisão, ou mesmo fixar um outro momento para o início da eficácia de sua decisão.[17]

[17] A declaração de inconstitucionalidade *pro futuro* no controle concreto foi excepcionalmente admitida pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação de recurso extraordinário que versava sobre o número de vereadores de Câmara Municipal, à luz do disposto no art. 29, II, da Constituição Federal. Nesse julgado, o Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade do antigo critério para fixação da composição máxima das Câmaras Municipais em 25.03.2004, mas

A decisão no controle concreto **não** dispõe de força vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, ainda quando proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Significa dizer que a decisão proferida no caso concreto determinado não obriga a Administração e os demais órgãos do Poder Judiciário a decidirem outros casos no mesmo sentido. Nada impede, portanto, que seja declarada judicialmente a inconstitucional idade da lei em certo caso concreto e que a Administração Pública, ou outro órgão do Poder Judiciário, continue a aplicar a mesma lei a outras pessoas que não integravam a lide em que foi reconhecida a sua inconstitucionalidade.

Em qualquer caso, a norma declarada inconstitucional no controle concreto continua a viger, com toda sua força obrigatória, em relação a terceiros, que não tenham sido parte na ação. Todas as pessoas que desejarem ver a si estendidos os efeitos da inconstitucionalidade já declarada em caso idêntico deverão postular sua pretensão perante os órgãos judiciais, em ações distintas.

Entretanto, se a decisão foi proferida pelo Supremo Tribunal Federal (e apenas por este!), há a possibilidade de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, seja mediante a suspensão da execução da lei por ato do Senado Federal, seja por meio da aprovação de uma súmula vinculante pelo próprio Supremo Tribunal Federal, nos termos a seguir expostos.

11.7. Atuação do Senado Federal

Afirmamos acima que a pronúncia de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário na via incidental, ainda quando proferida pelo Supremo Tribunal Federal, somente alcança as partes do processo em que ocorreu.

Para evitar que os outros interessados, amanhã, tenham de recorrer também ao Judiciário, para obter a mesma decisão, atribuiu-se ao Senado Federal a faculdade de suspender o ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conferindo eficácia geral *(erga omnes)* à decisão dessa Corte.

Declarada definitivamente a inconstitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle difuso, a decisão é comunicada ao Senado Federal para que este, entendendo conveniente, suspenda a execução da lei, conferindo eficácia *erga omnes* à decisão da Corte Suprema, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal.

diferiu o início da eficácia de sua decisão para um momento futuro, de forma a só alcançar a formação da legislatura seguinte (RE 197.917, rei. Min. Maurício Corrêa, 25.03.2004).

Existe controvérsia acerca da eficácia temporal do ato editado pelo Senado Federal no uso dessa competência.

Sem dúvida, a palavra "suspensão" induz à noção de que os efeitos seriam prospectivos, *ex nunc*. Também milita em favor da idéia de que a atuação do Senado produziria efeitos doravante o fato de que a atividade legislativa é tipicamente prospectiva, vale dizer, não é dado ao Poder Legislativo, no exercício de atividade legislativa, anular leis, desconstituindo-as retroativamente. Nesse caso - serem os efeitos *ex nunc* -, a suspensão da lei pelo Senado Federal seria equiparável à revogação dessa lei.

Ocorre que, se fosse aceita a tese dos efeitos prospectivos da suspensão prevista no art. 52, X, da Constituição, o fundamento lógico para a atribuição dessa competência ao Senado Federal ruiria por completo. Deveras, é evidente que essa norma constitucional tem por fim evitar a necessidade de que todos os possíveis interessados - que tenham sofrido conseqüências da aplicação de uma lei declarada inconstitucional pelo STF, no controle concreto, em ações em que eles não foram parte - ajuízem ações visando a obter a mesma decisão. Assim, caso a suspensão da lei pelo Senado Federal somente tenha eficácia dali em diante, é óbvio que todos esses interessados continuarão precisando ajuizar ações individuais a fim de desconstituir os efeitos perante eles produzidos em decorrência da aplicação daquela lei.

Ademais, note-se que equiparar a suspensão à revogação da lei significaria atribuir ao Senado uma competência anômala, que foge à lógica do processo legislativo, uma vez que não teria cabimento, de forma nenhuma, que o Senado revogasse uma lei, porque esta é um ato cuja produção exige a conjugação das atuações da Câmara, do próprio Senado e do Presidente da República (se for uma lei federal); pior ainda seria a idéia de o Senado Federal revogar uma lei estadual ou municipal. Em suma, a atuação do Senado prevista no art. 52, X, da Constituição não é, de modo nenhum, uma atuação legislativa; o Senado Federal, nessa situação, está atuando no âmbito do controle de constitucionalidade, simplesmente estendendo a todas as pessoas decisões de eficácia *inter partes* proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Como os efeitos dessas decisões do Supremo Tribunal Federal são retroativos, é razoável propugnar que também o seja o ato do Senado Federal (a regra, no âmbito do controle de constitucionalidade, é a retroatividade, a desconstituição dos efeitos do ato inconstitucional desde a sua edição).

Ainda, é importante observar que, no âmbito do Poder Executivo federal, a resolução do Senado indiscutivelmente produz efeitos retroativos *{ex tunc)*, ou seja, desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional. Essa regra, especificamente aplicável à Administração Pública federal, encontra-se expressa no Decreto n.° 2.346, de 10 de outubro de 1997. Devido à sua relevância, transcrevemos o dispositivo pertinente (grifo nosso):

> Art. 1.° As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.
>
> § 1.° Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em **ação direta,** a decisão, **dotada de eficácia** *ex time,* produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.
>
> § *2°* **O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente,** à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, **incidentalmente,** pelo Supremo Tribunal Federal, **após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.**

Em suma, embora não exista consenso a respeito, nossa opinião, que pensamos ser atualmente majoritária na doutrina, é que o ato do Senado Federal editado nos termos do art. 52, X, da Constituição produz efeitos retroativos, ou seja, desde a edição da lei ou ato normativo declarado inconstitucional.[18]

Em qualquer hipótese, temos que, enquanto a declaração de inconstitucionalidade é de competência do Supremo Tribunal Federal, a suspensão geral da aplicação da lei é atribuição do Senado Federal. Integram-se, Supremo Tribunal Federal e Senado, para a execução de uma tarefa constitucional comum, pertinente ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos em geral. Sem a declaração do Tribunal Maior, o Senado Federal não pode atuar, pois não lhe é dado suspender a execução de lei não declarada inconstitucional, mas tão-só ampliar a eficácia da decisão da Corte Máxima.

Dessarte, a função do Senado Federal - suspender a execução de lei julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - nada mais é do que estender *erga omnes* os efeitos de uma decisão judicial proferida em um caso concreto, que inicialmente alcançava exclusivamente as partes do processo.

O Senado Federal não está obrigado a suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, podendo julgar a oportunidade e a conveniência de praticar tal ato. Como ato facultativo,

Em edições pretéritas desta obra, perfilhamos entendimento diverso, de que a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal produziria efeitos meramente prospectivos (ex *nunc).*

discricionário e de natureza política, não há que se falar em prazo certo para o Senado Federal se manifestar, tampouco em sanção específica para a hipótese de eventual recusa à suspensão da execução do ato.

A espécie normativa utilizada pelo Senado Federal para a suspensão da eficácia da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é a resolução, vale dizer, a suspensão da execução da lei, se houver, será formalizada por meio da expedição de uma resolução do Senado Federal.

Como dissemos, o Senado Federal dispõe de plena discricionariedade para suspender, ou não, a execução da lei declarada definitivamente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, se o fizer, não poderá posteriormente revogar o seu ato de suspensão. Com efeito, não se admite que, uma vez aprovada a resolução que efetue a suspensão da execução da lei, o Senado Federal a revogue por outra resolução.

Ademais, o Senado Federal não pode restringir ou ampliar a extensão do julgado prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de invalidade do seu ato. A Casa Legislativa deve ater-se à extensão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal, não possuindo competência para interpretá-la, ampliá-la ou restringi-la. Se o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de três artigos da lei, não poderá o Senado Federal suspender a execução de mais algum artigo da mesma lei, tampouco suspender a execução somente de um ou dois dos artigos declarados inconstitucionais. Vale dizer, o Senado é livre para suspender ou não a execução da lei; porém, se decidir pela suspensão, deverá fazê-lo nos estritos termos e limites da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

A autorização constitucional para que o Senado Federal possa "suspender a execução, no todo **ou em parte,** de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal" (CF, art. 52, X), não há que ser entendida como faculdade de suspender a execução de apenas uma parte daquilo que foi declarado inconstitucional pela Corte Maior. Se toda a lei foi declarada inconstitucional, a suspensão há de ser total, da lei inteira - o Senado não pode decidir fazê-lo apenas em parte; se apenas parcela da lei foi declarada inconstitucional pelo STF, não poderá o Senado ampliar essa decisão, suspendendo a execução de toda a lei.

Portanto, quando o texto constitucional diz "suspender em parte", está se reportando aos casos em que somente parte da lei foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (a mesma parte que será suspensa pelo Senado, caso este decida exercer tal competência constitucional, a fim de conferir eficácia geral à decisão da Corte Suprema).

Cabe anotar que a resolução do Senado está, ela própria, sujeita a aferição judicial de sua constitucionalidade, inclusive mediante controle

abstrato, vale dizer, a resolução pode ser impugnada judicialmente quando se entenda que ela desatendeu as determinações constitucionais, seja quanto aos seus aspectos formais (concernentes ao processo legislativo exigido para sua produção), seja quanto ao seu conteúdo (por exemplo, caso se considere que as disposições da resolução discrepam daquilo que foi decidido pelo STF).

A competência do Senado Federal alcança qualquer lei ou ato normativo que tenha sido declarado inconstitucional incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal, isto é, poderá o Senado Federal suspender a execução de leis e atos normativos federais, estaduais, distritais e municipais.

Por fim, ressaltamos que a competência do Senado Federal para suspender a execução de leis ou atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal se restringe às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas no controle difuso, incidental, uma vez que sua razão de ser consiste, precisamente, na faculdade de estender, a todos, os efeitos de decisão que, em si, tem eficácia apenas entre as partes. No âmbito do controle abstrato, conforme veremos adiante, as próprias decisões do Poder Judiciário são dotadas de eficácia geral, contra todos *(erga omnes),* não havendo razões para atuação do Senado Federal.

ATUAÇÃO DO SENADO FEDERAL

i— Só ocorre no controle concreto incidental.

— O Senado não está obrigado a suspender a execução da lei.

— Não há prazo para a atuação.

A decisão do Senado Federal pela suspensão da execução é irretratável.

— O Senado não pode modificar os termos da decisão do STF.

O instrumento para suspensão da execução é a resolução.

A competência do Senado alcança leis federais, estaduais e municipais.

A resolução do Senado sujeita-se a controle de constitucionalidade.

11.8. Súmula vinculante

Sabe-se que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concreto não são dotadas de força vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, tampouco à Administração Pública.

Significa dizer que mesmo quando o Supremo Tribunal Federal declara, em reiterados casos concretos submetidos à sua apreciação, a inconstitucionalidade de uma lei, os juizes de primeiro grau e os tribunais, bem como a Administração Pública poderão continuar a aplicar essa lei em outras situações concretas, se entenderem, diversamente do que decidiu o STF, que ela é constitucional. Poderão, legitimamente, desconsiderar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, porque não estão a ele vinculados.

Em situações como essa - decisão do STF reconhecendo a inconstitucionalidade da lei e juízos inferiores ou Administração Pública decidindo em sentido contrário -, o interessado, para ver aplicado o entendimento do Supremo Tribunal Federal a sua situação concreta, deverá percorrer a via recursal própria, a fim de levar o seu processo ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, para que ele novamente declare a inconstitucionalidade da lei, reformando a decisão do juízo inferior, ou anulando o ato da Administração Pública, conforme o caso.

Essa realidade - ausência de força vinculante das decisões proferidas por nossa Corte Constitucional no âmbito do controle concreto - faz com que milhares de ações judiciais com o mesmo objeto cheguem ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal para que ele declare, em cada caso, o entendimento já inúmeras vezes manifestado. Não é difícil perceber que essa sistemática processual exigida para a resolução de conflitos concretos, dando ensejo à multiplicação de processos de conteúdos idênticos e conseqüente congestionamento do Poder Judiciário, acarreta enorme morosidade na prestação jurisdicional.

No intuito de combater esse quadro e conferir maior celeridade à prestação jurisdicional, a Emenda Constitucional n.° 45/2004 criou a figura da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos seguintes (art. 103-A):

> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.
>
> § 1.° A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

> § 2.° Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.
>
> § 3.° Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

A aprovação, revisão e cancelamento de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal foi regulamentada pela Lei n.° 11.417, de 19.12.2006, publicada no Diário Oficial da União de 20.12.2006, com vigência após três meses contados de sua publicação.

Partindo das disposições constitucionais, bem como da regulamentação estabelecida pela Lei n.° 11.417/2006, comentaremos, abaixo, os principais aspectos concernentes à aprovação, à revisão e ao cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

11.8.1. Iniciativa

O Supremo Tribunal Federal poderá aprovar, rever ou cancelar súmula vinculante:

a) por iniciativa própria (de ofício); ou

b) por iniciativa de qualquer dos legitimados na Constituição e na lei.

0 texto constitucional confere legitimação para provocar o Tribunal àqueles que podem propor ação direta de inconstitucionalidade, enumerados no art. 103, incisos I a IX, da Constituição Federal; além disso, autoriza a lei a prever outros legitimados.

Em consonância com esse comando constitucional, a Lei n.° 11.417/2006 estabeleceu os legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal para a edição, revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, nos termos seguintes:

> Art. 3.° São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:
>
> 1 - o Presidente da República;
>
> II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - o Procurador-Geral da República;

V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - o Defensor Público-Geral da União;

VII - partido político com representação no Congresso Nacional;

VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Como se vê, o legislador ordinário ampliou o rol de legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal para a edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, não se restringindo aos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, apontados no art. 103 da Constituição Federal. Com efeito, além dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, também poderão provocar o Supremo Tribunal Federal, para a edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante: o Defensor Público-Geral da União, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Além desses legitimados, o município poderá propor, incidentalmente no curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo (Lei n.° 11.417/2006, art. 3.°, § 1.°).

Anote-se que o município não poderá provocar **diretamente** o Supremo Tribunal Federal para a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante. Poderá atuar, apenas, no curso de processo em que seja parte, propondo, incidentalmente, a adoção de uma dessas medidas pelo Tribunal.

A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante **não** autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão (Lei n.° 11.417/2006, art. 6.°).

77.8.2 *Atuação do Procurador-Geral da República*

O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante (Lei n.° 11.417/2006, art. 2.°, § 2.°).

Note-se que, no tocante à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o legislador ordinário dispensou a manifestação ulterior do Procurador-Geral da República nas provocações que ele próprio houver formulado perante o Supremo Tribunal Federal.

11.8.3. Manifestação de Terceiros

No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (Lei n.° 11.417/2006, art. 3.°, § 2.°).

11.8 A. Requisitos

A súmula, enunciando posição firmada em reiteradas decisão do Supremo Tribunal Federal, deverá versar sobre controvérsia constitucional atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Portanto, para a edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal exige, especialmente, a observância de quatro requisitos cumulativos, a saber:

a) matéria constitucional;

b) existência de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre essa matéria constitucional;

c) existência de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública;

d) a controvérsia acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

O primeiro ponto que merece destaque é a exigência de que a matéria objeto da súmula tenha sede **constitucional.** Assim, embora o Supremo Tribunal Federal possua uma vasta gama de competências, somente aquelas decisões da Corte que envolvam tema com assento na Carta Política poderão ser objeto de súmula vinculante, nunca matéria infraconstitucional.

Também, embora não esteja explícito no texto constitucional, somente matéria que não tenha sido decidida no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade poderá ser tratada em súmula vinculante. Deveras, se o

assunto já foi decidido em ação integrante do controle abstrato, portanto, com eficácia geral, não faz sentido cogitar edição de súmula vinculante, porque a decisão proferida naquela ação possui, ela própria, efeito vinculante. É por essa razão que o texto constitucional refere-se a "reiteradas decisões sobre matéria constitucional" e a "relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica", situações que somente têm possibilidade de ocorrer no âmbito do modelo concreto de controle de constitucionalidade.

Quanto ao segundo aspecto, a Constituição exige, para a edição de súmula vinculante, que a matéria constitucional apreciada no âmbito do modelo difuso de controle de constitucionalidade tenha sido objeto de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal. O objetivo desse requisito é evitar a aprovação precipitada de súmula vinculante, isto é, sobre tema ainda não consolidado na jurisprudência do Tribunal.

Outro ponto que deve ser frisado é a exigência de que a matéria tratada na súmula vinculante seja objeto de controvérsia constitucional atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública. Se se tratar, por exemplo, de uma lei que já seja pacificamente considerada inconstitucional no âmbito do Poder Judiciário e que não esteja sendo aplicada pela Administração Pública, não caberá a edição de súmula vinculante. Tampouco se admite a edição de súmula vinculante acerca de matéria que, presumivelmente, acarretará controvérsia futura, por maior que seja sua relevância. A controvérsia deve ser **atual,** nem futura, nem já superada.

Por fim, mesmo que a matéria seja objeto de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, somente poderá ser tratada em súmula vinculante se essa controvérsia estiver acarretando grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Dessarte, na hipótese de se tratar de matéria controversa, mas de reduzida relevância, ou concernente a uns poucos casos concretos, não caberá a edição de súmula vinculante.

11.8.5. Deliberação

A aprovação revisão ou cancelamento de súmula vinculante exige decisão de 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal (oito Ministros), em sessão plenária.

11.8.6. Início da Eficácia

Somente a partir da publicação na imprensa oficial o enunciado da súmula passará a ter efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder

Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Determina a lei que, no prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que edite, reveja ou cancele enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo (art. 2.°, § 4.°).

Uma vez publicada, a súmula terá força vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Significa dizer que nenhum juízo ou tribunal inferior, bem como nenhum órgão ou entidade da Administração Pública direta e indireta poderá contrariar o conteúdo da súmula.

A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (Lei n.° 11.417/2006, art. 4.°).

Portanto, como regra geral, a eficácia da súmula vinculante é imediata, isto é, a partir da sua publicação na imprensa oficial. Assim, diante do silêncio do Supremo Tribunal Federal, a eficácia da súmula vinculante será **imediata.**

Entretanto, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, poderá o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, desde que o faça por decisão de 2/3 (dois terços) de seus membros.

11.8.7. Descumprimento

Se for praticado ato ou proferida decisão que contrarie os termos da súmula, poderá a parte prejudicada intentar reclamação **diretamente** perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 103-A, § 3.^{0}).[19]

A Lei n.° 11.417/2006 estatui que a decisão judicial ou o ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência

O cabimento da reclamação diante de descumprimento do disposto em súmula vinculante, estabelecido no art. 103-A, § 3.°, da Constituição, é regra um tanto despicienda, uma vez que, nos termos do art. 102, I, "l", da Carta Política, compete originariamente ao STF processar e julgar a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. O constituinte derivado, no citado art. 103-A, § 3.°, decerto teve a intenção de tão-somente reforçar ou de evitar possíveis controvérsias acerca da medida a ser adotada na hipótese de inobservância de súmula vinculante.

ou aplicá-lo indevidamente poderá ser objeto de reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação (art. 7.°).

Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas (art. 7.°, § 1.°).

Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso (art. 7.°, § 2.°). Determinará que outra decisão seja proferida com a aplicação da súmula quando esta, sendo aplicável ao caso, tiver deixado de ser adotada; determinará que outra decisão seja proferida sem a aplicação da súmula quando esta tenha sido aplicada a um caso que não se enquadre na hipótese nela descrita.

Se a reclamação estiver sendo ajuizada contra uma decisão administrativa que o administrado entenda haver violado enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, acolhendo a reclamação, dará ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal (Lei n.° 9.784/1999, art. 64-B, acrescentado pela Lei n.° 11.417/2006).

11.8.8. Súmulas Anteriores à EC n° 45/2004

E possível conferir efeito vinculante às súmulas do Supremo Tribunal Federal que já estavam em vigor na data de publicação da EC n° 45/2004. Para isso, porém, é necessário que a súmula seja confirmada por decisão de 2/3 (dois terços) dos ministros do STF e publicada na imprensa oficial.[20] Isso não significa que as súmulas anteriores à EC n.° 45/2004 tenham deixado de viger. Elas permanecem válidas até que venham a ser canceladas ou modificadas. Só terão efeito vinculante, todavia, aquelas que eventualmente venham a ser confirmadas por voto de oito dos ministros do STF; as que não passarem por esse procedimento permanecerão como orientações acerca da jurisprudência da Corte, mas sem que sua observância seja obrigatória.

[20] Art. 8.° da EC n.° 45/2004.

12. CONTROLE ABSTRATO

12.1. Introdução

O controle abstrato, introduzido no Direito brasileiro pela Emenda n.° 16, de 1965 (emenda à Constituição de 1946, portanto), tem como única finalidade a defesa do ordenamento constitucional contra as leis com ele incompatíveis. O controle abstrato teve origem na Europa, na Constituição da Áustria, de 1920, cuja elaboração se deve basicamente a Hans Kelsen. Foi com essa Constituição que surgiu o primeiro tribunal dedicado ao exercício específico da jurisdição constitucional, a Corte Constitucional austríaca. É esse o denominado sistema europeu continental, hoje majoritariamente adotado no mundo, com crescimento acelerado após o término da Segunda Guerra Mundial.

Diferentemente do controle difuso, de origem norte-americana, que se limita, em um caso concreto, a subtrair alguém aos efeitos de uma lei, o controle abstrato é efetivado em tese, sem vinculação a uma situação concreta, com o objetivo de expelir do sistema a lei ou ato inconstitucionais. Diz-se que no controle abstrato a inconstitucionalidade é examinada "em tese" *(/'« abstracto)* porque o controle é exercido em uma ação cuja finalidade é, unicamente, o exame da validade da lei em si; a aferição da constitucionalidade da lei não ocorre incidentalmente, em um processo comum.

Assim, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade é feita em tese, o que se busca não é a garantia de direitos subjetivos, liberando alguém do cumprimento de uma lei inconstitucional, mas sim extirpar do sistema jurídico a lei ou ato inconstitucional.

Nesse modelo de controle, para a instauração do processo é, em regra, dispensável a demonstração de um interesse jurídico específico para agir, pois se visa a uma só finalidade: a tutela da ordem constitucional, sem atenção a quaisquer situações jurídicas de caráter individual ou concreto.

Enfim, o autor da ação judicial não alega a existência de lesão a direito próprio, pessoal, mas atua como representante do interesse público, na defesa da Constituição e da higidez do ordenamento jurídico. Por isso a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm afirmado que o processo instaurado para a efetivação do controle abstrato de normas possui a natureza de processo objetivo, que não conhece partes, destinando-se, fundamentalmente, à defesa da Constituição.

O controle abstrato é de competência originária do Supremo Tribunal Federal, quando visa à aferição de leis em face da Constituição Federal, ou

do Tribunal de Justiça em cada estado, quando o confronto é argüido entre as leis locais e a Constituição estadual.

O controle abstrato de constitucionalidade, exercido em tese, por um tribunal com competência específica e originária (não recursal) para sua realização, sem relação a um caso concreto, é designado por uma série de expressões, no mais das vezes utilizadas como sinônimos: controle concentrado, controle *in abstracto,* controle direto, controle por via de ação, controle por via principal, controle em tese.

O controle abstrato em face da Constituição Federal é exercido exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal por meio das seguintes ações:

a) ação direta de inconstitucionalidade genérica - ADI;

b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão - ADI por omissão;

c) ação declaratória de constitucionalidade - ADC;

d) argüição de descumprimento de preceito fundamental - APDF.

Há, ainda, a denominada ação direta de inconstitucionalidade interventiva - ADI interventiva, uma ação direta de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, mas que possui objeto específico e concreto, qual seja, a fiscalização do processo de intervenção federal no caso de ofensa aos princípios constitucionais sensíveis, que será adiante examinada.

Conquanto seja modalidade de controle concentrado, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, no mais das vezes, não pode ser caracterizada como controle abstrato de constitucionalidade, pois em muitas hipóteses não se trata de apreciação de lei ou ato normativo que, em tese, esteja em confronto com a Constituição. Em grande parte das situações que autorizam o ajuizamento de representação interventiva serão impugnados atos que estejam, concreta e efetivamente, configurando afronta ao ordenamento constitucional. Dessa forma, em muitos casos, tratar-se-á de um controle de constitucionalidade concentrado - porque exercido mediante ação direta - e concreto. Ainda quando a representação interventiva tenha por objeto a apreciação de uma lei ou ato normativo do ente federado que abstratamente esteja em conflito com um dos princípios enumerados na Constituição, cuja afronta enseje a representação, a ação judicial terá por finalidade sempre a ulterior decretação da intervenção, ou seja, será um "controle direto, para fins concretos", no dizer de Alexandre dè Moraes.

Estudaremos, nos subitens seguintes, as regras constitucionais e legais acerca do processo e julgamento dessas ações abstratas, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Iniciaremos o estudo pela ação direta de inconstitucionalidade genérica - ADI, que constitui a ação típica do nosso controle abstrato, existente desde 1965. Em seguida, analisaremos a ação direta de inconstitucionalidade por omissão - ADI por omissão, introduzida no direito brasileiro pela Constituição de 1988. Depois, apresentaremos as diferenças entre a ADI e a ação declaratória de constitucionalidade - ADC, a fim de secundar o estudo das características e dos procedimentos próprios da ADC. Por fim, examinaremos, separadamente, o procedimento e as regras básicas aplicáveis à argüição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF e à ação direta de inconstitucionalidade interventiva - ADI interventiva.

12.2. Ação direta de inconstitucionalidade

12.2.1. Conceito

A ação direta de inconstitucionalidade - ADI é a ação típica do controle abstrato brasileiro, tendo por escopo a defesa da ordem jurídica, mediante a apreciação, na esfera federal, da constitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, federal ou estadual, em face das regras e princípios constantes explícita ou implicitamente na Constituição da República.

Na ação direta de inconstitucionalidade, a inconstitucionalidade da lei é declarada em tese, vale dizer, sem que esteja sob apreciação qualquer caso concreto, já que o objeto da ação é justamente o exame da validade da lei em si. A declaração da inconstitucionalidade não é incidental, não ocorre no âmbito de controvérsia acerca de caso concreto que envolva aplicação de uma lei cuja validade se questiona; a própria ação tem por fim único o reconhecimento da invalidade da lei ou ato normativo impugnado.

A função precípua da ação direta de inconstitucionalidade é a defesa da ordem constitucional, possibilitando a extirpação da lei ou ato normativo inconstitucional do sistema jurídico. Não se visa - como ocorre no controle incidental - à garantia de direitos subjetivos, à liberação de alguém do acatamento de uma lei inconstitucional. O autor da ADI não atua na qualidade de alguém que postula interesse próprio, pessoal, mas, sim, na condição de defensor do interesse coletivo, traduzido na preservação da higidez do ordenamento jurídico.

Essa a primeira noção a ser fixada a respeito da ação direta de inconstitucionalidade: trata-se de ação inserida no âmbito do chamado controle abstrato de normas, cuja finalidade não é a tutela de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse pessoal juridicamente protegido que esteja sofrendo lesão ou ameaça de lesão; cuida-se de instrumento de defesa da Constituição,

da harmonia do sistema jurídico, com o fim de expelir do ordenamento as leis incompatíveis com a Lei Maior.

Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal (CF, art. 102, I, "a").

12.2.2. Legitimação ativa

Ao contrário do modelo incidental, em que qualquer interessado pode suscitar a controvérsia constitucional relacionada a um caso concreto discutido em juízo, no controle via ação direta o direito de propositura é limitado aos órgãos ou entidades constitucionalmente legitimados.

Os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal estão arrolados no art. 103 da Constituição Federal, nos termos seguintes:

> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
>
> I - o Presidente da República;
>
> II - a Mesa do Senado Federal;
>
> III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
>
> IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
>
> V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
>
> VI - o Procurador-Geral da República;
>
> VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
>
> VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
>
> IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Em primeiro lugar, cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a legitimação ativa para a instauração do controle abstrato contempla, também, o poder de interpor recursos em face das decisões proferidas no feito, desde que o legitimado integre a respectiva ação, como requerente ou requerido.[21] Por exemplo, sendo o Governador de estado legitimado ativo para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, poderá

ADI 1.105/DF, rei. Min. Maurício Corrêa, 23.08.2001.

ele, nas ações diretas que tenha proposto, interpor embargos de declaração em face da decisão do STF; não poderá, porém, intervir em outras ações diretas nas quais ele não seja nem requerente (autor da ação), nem requerido (sujeito passivo da ação).

Entendemos, na esteira da lição de Alexandre de Moraes, que não há que se falar em representação por advogado para os legitimados arrolados nos incisos I a VII do art. 103 da Constituição Federal, porquanto sua capacidade postulatória decorre diretamente do texto constitucional. Só cabe exigência de advogado para a propositura da ação, portanto, no caso das entidades enumeradas nos incisos VIII e IX do art. 103, a saber, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Assim, dentre todos os legitimados, somente os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional precisam de advogado para o ajuizamento da ação. Os demais legitimados poderão propor a ação direta perante o Supremo Tribunal Federal sem necessidade de estarem representados por advogado.

Porém, sempre que subscrita por advogado, a petição inicial deverá ser acompanhada de instrumento de procuração.[22]

O partido político com representação no Congresso Nacional dispõe de legitimidade ativa para a instauração do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, podendo ajuizar ADI perante o Supremo Tribunal Federal, qualquer que seja o número de representantes da agremiação partidária nas Casas do Poder Legislativo da União (para fazer jus à legitimação, basta que o partido político tenha um representante em uma das Casas do Congresso Nacional).

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a aferição da legitimidade deve ser feita no momento da propositura da ação e a perda superveniente de representação do partido político no Congresso Nacional não o desqualifica como legitimado ativo para a ação direta de inconstitucionalidade.[23] Assim, se um partido político com representação no Congresso Nacional propuser uma ADI perante o Supremo Tribunal Federal e, antes do julgamento da ação pelo Tribunal, vier a perder a sua representação nas Casas do Congresso Nacional, essa perda superveniente de representação parlamentar **não** prejudicará a apreciação da ação direta.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há muito, havia se firmado no sentido de que as associações que congregam exclusivamente pessoas jurídicas - as denominadas "associações de associações" - não dispunham

Lei n.° 9.868/1999, art. 3.°, parágrafo único.
ADI AgR 2.159/DF, rei. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 12.08.2004.

de legitimidade para a instauração do controle abstrato, uma vez que a elas faltaria a qualidade de entidade de classe, implicando seu não enquadramento no art. 103, IX, da Constituição.

O Tribunal Excelso modificou esse entendimento, passando a admitir a instauração do controle abstrato por "associações de associações".[24] Portanto, atualmente, associações de âmbito nacional que congregam exclusivamente pessoas jurídicas, as denominadas "associações de associações", têm legitimidade ativa para instaurar o controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal, enquadrando-se no inciso IX do art. 103 da Constituição da República, como entidades de classe.

Acerca do inciso IX do art. 103, cabe mencionar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que as centrais sindicais **não** têm legitimidade para instaurar o controle abstrato, haja vista que, no plano da organização sindical brasileira, essa legitimação alcança somente as confederações sindicais, não beneficiando os sindicatos, as federações e as centrais sindicais.[25]

O legislador constituinte de 1988 substituiu o sistema anterior, que confiava o direito de propositura de ação direta exclusivamente ao Procurador-Geral da República, por um sistema de amplíssima legitimação, outorgando o direito de propositura a diferentes órgãos do Poder Público e da sociedade, enumerados no art. 103 da Carta Política.

Essa nova realidade propiciou um aumento significativo do número de ações diretas propostas perante o Supremo Tribunal Federal, o que vem dificultando o trabalho dessa Corte Constitucional que, já sabemos, além de atuar no controle abstrato de normas, funciona como instância de revisão no âmbito do controle difuso, no qual decide, definitivamente, sobre os diversos casos concretos submetidos à sua consideração, por meio da interposição do chamado recurso extraordinário.

Sem embargo dessa nova legitimação ativa ampliada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou, em relação a certos legitimados, a estabelecer algumas restrições ao direito de propositura de ADI, exigindo a demonstração de interesse de agir, isto é, a demonstração da denominada "pertinência temática".

Assim, embora a Constituição não tenha estabelecido nenhuma distinção entre os legitimados ativos da ação direta de inconstitucionalidade quanto ao interesse de agir, a jurisprudência do STF os diferenciou, erigindo dois grupos distintos de legitimados:

[24] ADI AgR 3.153/DF, rei. Min. Celso de Mello, 05.05.2004.
[25] ADI 1.442/DF, rei. Min. Celso de Mello, 3.11.2004.

a) legitimados universais: são aqueles que podem impugnar em ADI qualquer matéria, sem necessidade de demonstrar nenhum interesse específico;

São legitimados universais: o Presidente da República, as Mesas da Câmara e do Senado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional.

b) legitimados especiais: são aqueles que somente poderão impugnar em ADI matérias em relação às quais seja comprovado o seu interesse de agir, isto é, a relação de pertinência entre o ato impugnado e as funções exercidas pelo órgão ou entidade.

São legitimados especiais: as confederações sindicais, as entidades de classe de âmbito nacional, as Mesas das Assembléias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e os Governadores dos estados-membros e do Distrito Federal.

Portanto, à luz da jurisprudência do STF, o Presidente da República, as Mesas da Câmara e do Senado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional possuem legitimidade ativa universal, podendo ajuizar ADI em face de qualquer ato normativo do Poder Público, federal ou estadual, independentemente do requisito "pertinência temática" (legitimados universais).

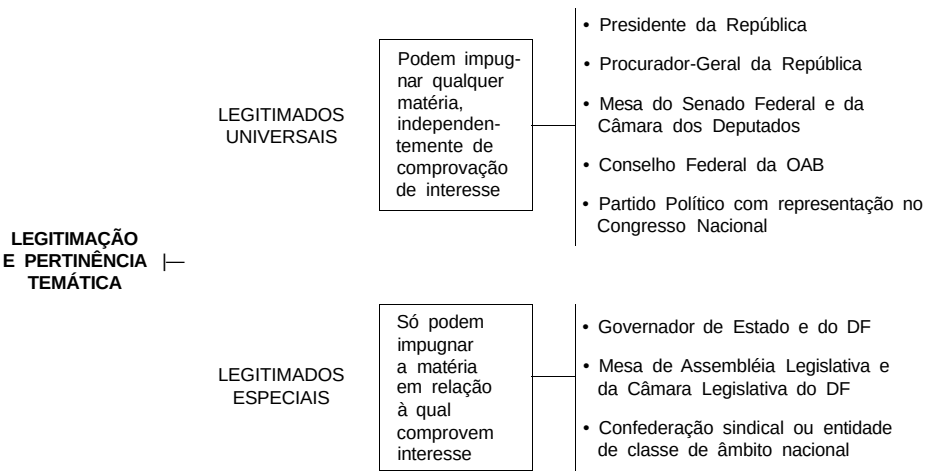
Por outro lado, nas hipóteses de ação direta ajuizada por confederações sindicais, por entidades de classe de âmbito nacional, por Mesas das Assembléias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e, finalmente, por Governadores dos estados-membros e do Distrito Federal há que se observar o requisito da pertinência temática entre o conteúdo do ato e as funções ou atividades do legitimado (legitimados especiais).

Assim, o Presidente da República pode impugnar em ADI uma lei estadual oriunda de qualquer ente federado sem a necessidade de comprovar qualquer interesse na matéria tratada pela referida lei. Entretanto, para que um Governador de Estado impugne em ADI lei oriunda de outro estado da Federação, deve ele comprovar que a lei tem reflexos sobre a sua respectiva unidade federada, sob pena de não ser conhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Enfim, em se tratando de ADI proposta por Governador de Estado (legitimado especial), exige o Supremo Tribunal Federal que a lei, de algum modo, tenha repercussão no seu estado, daí nascendo o interesse para o Governador ou a Mesa da Assembléia Legislativa. É comum a ocorrência dessa situação em matéria de ICMS, quando um estado aprova lei que, indiretamente, prejudica os interesses de outras unidades federativas.

A mesma restrição é feita nas hipóteses de ADI ajuizada pelas Mesas das Assembléias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, exigindo o Tribunal a presença de vínculo objetivo de pertinência entre o conteúdo da norma impugnada e os interesses daquelas Casas Legislativas.

No tocante às confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, da mesma forma, exige-se a comprovação de pertinência temática para a propositura de ADI, isto é, só poderão elas propor ADI impugnando matéria que tenha relação com os interesses dos seus sindicalizados ou associados.


LEGITIMAÇÃO E PERTINÊNCIA TEMÁTICA
LEGITIMADOS UNIVERSAIS
Podem impugnar qualquer matéria, independentemente de comprovação de interesse
• Presidente da República
• Procurador-Geral da República
• Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados
• Conselho Federal da OAB
• Partido Político com representação no Congresso Nacional
LEGITIMADOS ESPECIAIS
Só podem impugnar a matéria em relação à qual comprovem interesse
• Governador de Estado e do DF
• Mesa de Assembléia Legislativa e da Câmara Legislativa do DF
• Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional

12.2.3. Objeto

A ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal é instrumento para a apreciação da validade de lei ou ato normativo federal ou estadual, desde que editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal.

O direito municipal (Lei Orgânica e leis e atos normativos municipais) não pode ser impugnado em sede de ação direta de inconstitucionalidade. O direito municipal somente poderá ser declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle difuso, quando uma controvérsia concreta chega ao Tribunal por meio do recurso extraordinário, ou, excepcionalmente, por meio de argüição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF.

Em relação às leis do Distrito Federal, como este ente federado dispõe da competência legislativa dos estados e dos municípios,[26] somente poderão ser impugnadas em ADI perante o STF as leis distritais editadas no desempenho de sua competência estadual (uma lei sobre ICMS, por exemplo). Se a lei do Distrito Federal foi expedida para regular matéria tipicamente municipal (IPTU, por exemplo), não poderá ser questionada em ADI perante o Supremo Tribunal Federal.[27]

Em síntese, podemos afirmar que só podem ser objeto de ADI perante o Supremo Tribunal Federal leis e atos normativos federais, estaduais ou do Distrito Federal, neste último caso desde que editados no desempenho de sua competência estadual.

Entretanto, nem todas as leis e atos normativos federais e estaduais, ou do Distrito Federal, no desempenho de atribuição estadual, podem ser objeto de ADI perante o Supremo Tribunal Federal, em decorrência das restrições impostas pela jurisprudência do Tribunal Maior. É que, segundo orientação da Corte Suprema, para que uma norma possa ser objeto de ADI, deverá ela satisfazer, cumulativamente, aos seguintes requisitos:

a) ter sido editada na vigência da atual Constituição;

b) ser dotada de abstração, generalidade ou normatividade;

c) possuir natureza autônoma (não meramente regulamentar); e

d) estar em vigor.

Vejamos, a seguir, os aspectos mais importantes a respeito desses requisitos firmados pela jurisprudência do Pretório Excelso.

Somente podem ser objeto de ADI normas que tenham sido editadas sob a vigência da Constituição Federal de 1988, isto é, após 05.10.1988. Vale dizer, o STF **não** admite a impugnação do direito pré-constitucional, editado sob a égide de Constituições pretéritas, mediante ação direta de inconstitucionalidade. O direito pré-constitucional pode ter a sua validade aferida frente a Constituição de 1988, para o fim de reconhecimento de sua recepção ou revogação por esta, somente no âmbito do controle difuso, diante de casos concretos, ou mediante controle abstrato, em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF, mas não em ação direta de inconstitucionalidade.

Conforme dispõe o § 1.° do art. 32 da Constituição: ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos estados e municípios.

STF, Súmula 642: "Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal."

Somente podem ser impugnados mediante ADI perante o Supremo Tribunal Federal atos que possuam normatividade, vale dizer, sejam caracterizados por generalidade e abstração (apliquem-se a um número indefinido de pessoas e de casos, todos quantos se enquadrem na situação hipotética abstratamente descrita no ato normativo).

Se os atos são de efeitos concretos, desprovidos de abstração e generalidade, não se prestam ao controle abstrato de normas, haja vista que, segundo o STF, a Constituição adotou como objeto desse processo somente os atos tipicamente normativos, ou seja, aqueles dotados de um mínimo de generalidade e abstração. Logo, se os atos são de efeitos individuais e concretos, não poderão ser impugnados mediante ADI, uma vez que, nesta, deve-se discutir somente o ato normativo - geral e abstrato - *em tese*, confrontando-o com a Constituição Federal.

São exemplos de atos de efeitos concretos, que não poderão ser impugnadas em ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, em razão da ausência de normatividade (generalidade e abstração): decreto que declare de utilidade pública o imóvel "X" para fim de desapropriação; decreto de nomeação do servidor "João das Couves"; decreto de exoneração do agente público "Tício da Silva" etc.

Importantíssimo ressaltar, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal recentemente decidiu que essa restrição **não** se aplica aos atos de efeitos concretos aprovados sob a forma de **lei em sentido estrito** (lei formal), isto é, aos atos aprovados pelo Poder Legislativo e sancionados pelo Chefe do Poder Executivo.[28]

Ao firmar esse novo entendimento, ressaltou o Tribunal Excelso que as leis formais decorrem ou da vontade do legislador ordinário ou do próprio legislador constituinte, que exige que certos atos, mesmo que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei. Desse modo, se "a Constituição submeteu a lei ao processo de controle abstrato, meio próprio de inovação na ordem jurídica e instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não seria admissível que o intérprete debilitasse essa garantia constitucional, isentando um grande número de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, talvez, de qualquer forma de controle". Deixou assente a Corte Suprema, ainda, "não haver razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, e que estudos e análises no plano da teoria do direito apontariam a possibilidade tanto de se formular uma lei de efeito concreto de forma genérica e abstrata quanto de se apresentar como lei de

ADIMC 4.048/DF, rei. Min. Gilmar Mendes, 17.04.2008.

efeito concreto regulação abrangente de um complexo mais ou menos amplo de situações".

Em decorrência dessa nova orientação, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a aferição, em ação direta de inconstitucionalidade, da validade da lei de diretrizes orçamentárias - LDO, contrariamente à orientação até então consolidada em sua jurisprudência. De fato, a jurisprudência pretérita do Tribunal Excelso não admitia ADI contra disposições insertas na lei de diretrizes orçamentárias - LDO, por considerar tal norma de natureza individual ou de efeitos concretos, efeitos esses que se esgotam com a propositura e a votação do orçamento fiscal.

Somente podem ser impugnadas em ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal as leis e atos normativos que possuem caráter autônomo, que desrespeitam **diretamente** a Constituição Federal. Não se admite a impugnação em ADI de normas que afrontem a Constituição de modo indireto, reflexo, isto é, dos denominados "atos regulamentares".

Assim, se um decreto do Presidente da República foi editado para regulamentar uma lei, e, ao fazê-lo, exorbita de sua competência, não poderá ser questionado em ação direta de inconstitucionalidade, pois não se trata de ofensa direta à Constituição, uma vez que entre o decreto regulamentar e a Constituição temos a lei regulamentada (conflito de legalidade).[29]

Por força desse entendimento, temos que somente as normas primárias podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. As espécies secundárias, chamadas de "meramente regulamentares", não podem ser impugnadas em ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, haja vista que essas, em caso de vício, não ofenderão diretamente a Constituição, mas sim a norma em razão da qual foi editada (norma regulamentada).

Isso não significa, porém, que atos administrativos não possam ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Poderão sim, desde que a sua natureza **não** seja meramente regulamentar. Por exemplo, se o Presidente da República edita um decreto meramente regulamentar, para a fiel execução de certa lei, é certo que esse ato regulamentar não poderá ter a sua validade questionada em ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Porém, se o Presidente da República edita um decreto de natureza autônoma, para disciplinar indevidamente matéria reservada à lei, esse decreto poderá ser impugnado em ação direta de

Conforme lição do Ministro Carlos Velloso: Se o ato regulamentar vai além do conteúdo da lei, ou se afasta dos limites que esta lhe traça, pratica ilegalidade e não inconstitucionalidade, pelo que não se sujeita à jurisdição constitucional (ADI 264, rei. Min. Carlos Velloso, DJ 25.08.1995).

inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, haja vista tratar-se, na realidade, de norma materialmente primária.

Ainda por força desse requisito - exigência de ofensa direta à Constituição -, temos o seguinte: sempre que, para apreciar a constitucionalidade da norma que se pretenda impugnar, for necessário o seu confronto com outras normas infraconstitucionais, o Supremo Tribunal Federal **não** admite a sua impugnação em ação direta de inconstitucionalidade. Assim, se uma lei ordinária federal for impugnada em ADI e para a apreciação da sua validade for necessário o seu cotejo com uma lei complementar (ou com qualquer outra norma infraconstitucional), o Supremo Tribunal Federal não conhecerá dessa ação direta, porque, nesse caso, a ofensa da lei ordinária à Constituição Federal não é direta, mas sim meramente indireta, reflexa.

É interessante, também, anotar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que não é cabível controle abstrato de constitucionalidade quando se pretenda confrontar o art. 169, § 1.°, da Constituição Federal, e uma norma que tenha criado vantagem funcional para servidores públicos, acarretando aumento de despesa pública, sem que houvesse prévia dotação orçamentária suficiente suportá-lo. Entende a Corte Suprema que a ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei que tenha criado a vantagem funcional, mas apenas impede a sua aplicação naquele exercício financeiro.[30]

Por fim, somente podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal leis e atos normativos que estejam em vigor, ainda que durante o prazo da *vacatio legis.*

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal **não** admite a impugnação em ação direta de inconstitucionalidade de leis e atos normativos revogados, que não estejam mais em vigor no momento da apreciação da ação,[31] tampouco de normas cuja eficácia já tenha se esgotado, tais como medidas provisórias já rejeitadas pelo Congresso Nacional. É que, como a ação direta de inconstitucionalidade tem por fim retirar do ordenamento jurídico normas que desrespeitam a Constituição, se a norma já foi revogada, não integra mais o ordenamento jurídico, sendo descabido cogitar em ADI.

Assim, quando se propõe uma ação direta de inconstitucionalidade contra ato já revogado ou que já tenha esgotado os seus efeitos, a ação não é conhecida, por ausência de objeto. Por outro lado, se a ação é proposta com o ato em vigor, mas antes do julgamento ocorre a sua revogação ou o esgo-

[30] ADI 3.599/DF, rei. Min. Gilmar Mendes, 21.05.2007.

[31] Vale lembrar que a revogação da lei não obsta, porém, a declaração da sua inconstitucionalidade no controle incidental, com o fim de afastar a sua aplicação a um caso concreto contemporâneo ao período de vigência da lei.

tamento dos seus efeitos, a ação direta é prejudicada, por perda de objeto. Na prática, num ou noutro caso, não haverá apreciação do mérito da ação. A distinção é de ordem processual, vale dizer, no primeiro caso (ausência de objeto), a ação direta sequer é conhecida pelo Supremo Tribunal Federal; no segundo (perda de objeto), a ação direta é conhecida, mas o Supremo Tribunal Federal encerra o seu processo sem julgamento do mérito.

Para finalizarmos este item, apresentaremos a seguir uma relação, meramente exemplificativa, de normas que podem ser impugnadas em ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, por ofensa à Constituição Federal, desde que cumpridos os requisitos antes apontados:

a) **emendas à Constituição Federal:** sabemos que as emendas à Constituição constituem obra do poder constituinte derivado, que se sujeita, no exercício da sua tarefa de reformar ou revisar o texto constitucional, às limitações de ordem circunstancial, processual e material. Desse modo, se alguma emenda constitucional for aprovada com desrespeito - formal ou material - às prescrições do art. 60 da Constituição, deverá ser declarada inconstitucional, podendo a impugnação dar-se por meio da propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Vale lembrar, apenas, que as normas constitucionais originárias **não** estão sujeitas ao controle de constitucionalidade, não podendo, por óbvio, ser objeto de ação direta;

b) **Constituição dos estados-membros:** os estados-membros dispõem de competência para a elaboração de suas próprias Constituições, mas devem obediência aos princípios estabelecidos na Constituição Federal (CF, art. 25). Portanto, o texto da Constituição Estadual - originário ou decorrente de emenda - pode ser impugnado em ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal;

c) **tratados e convenções internacionais:** os tratados e convenções internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil não podem, em qualquer caso, contrariar a Constituição Federal, sob pena de inconstitucionalidade. Desse modo, os tratados e convenções internacionais, quer tenham sido incorporados pelo rito ordinário *(status* de lei ordinária), quer tenham sido incorporados mediante o procedimento especial do § 3.° do art. 5.° da Constituição *(status* de emenda constitucional), sujeitam-se à fiscalização de sua validade por meio de ação direta de inconstitucionalidade. Se incorporado pelo rito ordinário, poderá ser impugnado em ação direta de inconstitucionalidade não só o decreto legislativo que o aprova definitivamente, mas também o decreto do Presidente da República, que o promulga;

d) **demais normas primárias federais e estaduais:** as espécies primárias em geral - leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, resoluções, decretos legislativos - submetem-se à fiscalização via ação direta, desde que

editadas pela União, pelos estados ou pelo Distrito Federal, neste último caso somente se editadas no desempenho de sua competência estadual;

e) **medidas provisórias:** as medidas provisórias têm força de lei desde a sua edição e, como tais, podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade antes da sua apreciação pelo Poder Legislativo, tenham sido elas adotadas pelo Presidente da República ou pelo Governador de Estado (neste caso, evidentemente, se o respectivo estado houver previsto, no texto da Constituição estadual, essa espécie normativa);

No caso de impugnação de medida provisória em ação direta de inconstitucionalidade, sendo ela ulteriormente rejeitada pelo Poder Legislativo, ou ocorrendo a perda de sua eficácia por decurso de prazo antes do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, a ação direta restará prejudicada, por perda de objeto.

Diferentemente, sendo a medida provisória convertida em lei antes do julgamento do Supremo Tribunal Federal, a ação direta poderá ter prosseguimento, agora em relação à lei resultante de sua conversão, desde que a peça inicial seja aditada e que a controvérsia **não** se detenha aos pressupostos constitucionais de urgência e relevância para a adoção dessa espécie normativa (a possibilidade de aferição do atendimento desses pressupostos estará superada, sua eventual ausência estará convalidada com a conversão da medida provisória em lei, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal).

f) **decretos autônomos:** os decretos do Presidente da República, do Governador de Estado e do Governador do Distrito Federal podem ser impugnados em ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, desde que possuam natureza autônoma, vale dizer, desde que não sejam atos meramente regulamentares;

g) **decretos legislativos do Congresso Nacional que suspendem a execução dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa:** a Constituição Federal outorga ao Congresso Nacional a competência para sustar os atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (art. 49, V), ficando o decreto legislativo que efetue essa sustação de efeitos sujeito ao exame do Poder Judiciário, por meio de ação direta de inconstitucionalidade;

h) **regimentos internos:** os regimentos internos dos tribunais do Poder Judiciário são por eles elaborados, com fundamento em autorização constitucional expressa (art. 96, I, "a"). O mesmo acontece com os regimentos das casas legislativas, do Tribunal de Contas da União e dos tribunais de contas dos estados, que são por eles próprios elaborados. Em todos os casos, constituem

os regimentos normas materialmente primárias, que poderão ser impugnadas em ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, sempre que se vislumbre ofensa direta à Constituição Federal.

Podem, ainda, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal os seguintes atos normativos: resoluções e decisões administrativas dos tribunais do Poder Judiciário; atos normativos de pessoa jurídica de direito público da União e dos estados, tais como aqueles emanados de suas autarquias e fundações públicas de direito público; pareceres normativos do Poder Executivo aprovados pelo Presidente da República ou pelo Governador de Estado; pareceres da Consultoria Geral da Presidência da República, aprovados pelo Presidente da República; dentre outros.

Porém, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as **súmulas** aprovadas pelos tribunais do Poder Judiciário, em face da ausência de conteúdo normativo, **não** podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Da mesma forma, **não** podem ser impugnadas em ação direta de inconstitucionalidade as sentenças normativas da Justiça do Trabalho, tampouco convenções e acordos do trabalho.

12.2.4. Norma constitucional parâmetro

No exercício do controle de constitucionalidade, há sempre uma relação entre a norma objeto de impugnação e o texto constitucional em face do qual aquela está sendo impugnada, denominado "texto constitucional parâmetro", cuja supremacia pretende-se ver respeitada.

Cabe ao autor da ação direta de inconstitucionalidade apontar, na peça inicial, o texto constitucional parâmetro, supostamente violado pela norma que se impugna.

O controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal destina-se a defender, apenas, a supremacia da Constituição Federal de 1988, não se prestando para o exame da validade de normas em confronto com Constituições pretéritas. Significa dizer, em hipótese nenhuma será possível a instauração do controle abstrato em face de Constituições pretéritas.

Da mesma forma, não é possível a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade em face de texto da Constituição Federal de 1988 que não mais esteja em vigor, em razão de revogação pelo poder constituinte derivado, mediante a aprovação de emenda à Constituição.

Assim, se entre o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade e a data do seu julgamento pelo Supremo Tribunal Federal ocorrer a revogação da norma constitucional parâmetro, a ação direta restará prejudicada, ou seja, o processo será encerrado pelo Tribunal sem a apreciação do mérito.

A lógica, nessa hipótese, é singela: o controle abstrato tem por escopo a proteção do ordenamento jurídico contra normas que desrespeitem a Carta Magna, fazendo valer o princípio da supremacia da Constituição; logo, se o dispositivo constitucional em face do qual a lei foi impugnada não mais está em vigor, descabe cogitar ofensa atual à Lei Maior, uma vez que deixou de existir o texto constitucional cuja supremacia se pudesse pretender garantir.

Assim, se for proposta uma ação direta de inconstitucionalidade em face de uma norma constitucional já revogada (revogação antecedente), a ação não será conhecida, por ausência de objeto (a ADI, desde a sua propositura, não dispõe de objeto, porque não estava mais em vigor, na data de ajuizamento da ação, o texto constitucional parâmetro).

Se a ação direta de inconstitucionalidade for proposta sob a vigência da norma constitucional parâmetro, mas esta for revogada antes do julgamento da ação (revogação superveniente), a ação será conhecida, mas será julgada prejudicada, em virtude da perda do seu objeto (a ADI possuía objeto quando foi proposta, porque, naquela data, a norma constitucional parâmetro estava vigente; perdeu ulteriormente o seu objeto, no momento em que a norma constitucional parâmetro foi revogada).

Cabe-nos, aqui, uma breve observação a respeito do controle de constitucionalidade incidental. Se a validade da lei está sendo discutida no controle incidental (e não no abstrato), a mera revogação da norma constitucional parâmetro não põe fim à ação, podendo o Poder Judiciário proclamar a inconstitucionalidade da lei mesmo após a revogação desta.

Por exemplo, quando é impetrado um mandado de segurança em que se pleiteie a desconstituição de um ato concreto de autoridade que esteja afrontando direito líquido e certo assegurado em algum dispositivo da Constituição, tendo sido editado (o ato impugnado) com base em uma lei cuja inconstitucionalidade seja argüida, a mera revogação do texto constitucional parâmetro não prejudica, não põe termo ao processo do mandado de segurança. E assim é por uma razão simples: como o controle incidental tem a finalidade de resolver um caso concreto (afastando a aplicação, ao caso, de uma lei inconstitucional), mesmo com a revogação da norma constitucional a lide deve ser apreciada e resolvida, pois está em jogo direito subjetivo de uma das partes, que, para ser assegurado, necessita que se afaste, em relação à situação concreta, a aplicação da lei cuja inconstitucionalidade foi argüida.

Esse mesmo raciocínio é válido para a hipótese de revogação superveniente da **lei** que esteja sendo inquinada de inconstitucional. Desse modo, se a impugnação da lei se deu no controle incidental, a sua revogação superveniente não prejudica a ação. Diferentemente, se a mesma lei foi impugnada em ação direta de inconstitucionalidade, a sua posterior revogação antes do julgamento faz com que a ação resulte prejudicada, por perda de objeto.

Em síntese: no controle incidental, a revogação da,lei impugnada ou da norma constitucional parâmetro não prejudica o julgamento da ação em que foi suscitado o incidente de inconstitucionalidade; diferentemente, em se tratando de ação direta de inconstitucionalidade, a revogação superveniente da lei impugnada ou da norma constitucional parâmetro implica prejuízo à ação, por perda de objeto.

12.2.5. Causa de pedir aberta

O controle abstrato de constitucionalidade, entre nós, encontra-se sujeito ao denominado princípio do pedido.[32] Isso significa que o Poder Judiciário somente pode exercer a fiscalização da validade das leis em abstrato quando provocado, não por iniciativa própria.

O princípio do pedido é típico do controle jurisdicional de constitucionalidade e contribui para reduzir o caráter político da fiscalização da validade das normas bem como para evitar que o Poder Judiciário termine por assumir um papel de supremacia em relação aos outros poderes.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal somente atua em face da apresentação de uma petição inicial formal, por um dos legitimados constitucionalmente previstos. A exordial deve conter, no pedido, obrigatoriamente, todos os dispositivos da lei cuja constitucionalidade se pretenda seja apreciada e, também, o fundamento jurídico da alegação de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade, se for uma ADC) dos dispositivos impugnados.

Neste passo, é extremamente relevante notar que, embora o Supremo Tribunal Federal esteja vinculado ao pedido, vale dizer, como regra somente possa apreciar a constitucionalidade dos dispositivos legais expressamente mencionados na inicial, não o está em relação aos fundamentos jurídicos do pedido, ou seja, à causa de pedir. Significa dizer que o Tribunal é livre para declarar a inconstitucionalidade da norma não apenas pelos motivos indicados pelo impetrante da ação direta, mas também poderá fazê-lo tendo como fundamento qualquer outro parâmetro constitucional.

Assim, o Supremo Tribunal Federal poderá declarar a inconstitucionalidade de um artigo de uma lei com base em dispositivo constitucional

É interessante observar que, sem embargo da vigência do princípio do pedido entre nós, não se admite a desistência da ação no âmbito do controle abstrato, ou seja, não se aplica às ações a ele pertinentes o princípio da disposição. Uma vez iniciado o processo por um dos legitimados, ele será levado a termo pelo STF; a iniciativa do legitimado ativo é imprescindível apenas como impulso inaugural. Essa impossibilidade de desistência se justifica pela natureza objetiva do processo no controle abstrato, o que significa que o autor não busca a tutela de interesse próprio ou de posição jurídica individual, motivo pelo qual o prosseguimento do processo não está a seu talante (princípio da indisponibilidade).

diferente do apontado pelo autor como ensejador da incompatibilidade com a Carta da República. Por exemplo, o pedido em uma ADI pode pretender ver declarada a inconstitucionalidade somente do art. 13 da Lei "X", alegando afronta ao princípio da liberdade de expressão, e o STF declarar o art. 13 inconstitucional, porém por ferir o princípio da proporcionalidade, ou da isonomia, ou quaisquer outros. Não poderia, entretanto, declarar a inconstitucionalidade do art. 14 da mesma lei, uma vez que esse dispositivo não foi mencionado no pedido.[33]

Porém, a existência de causa de pedir aberta no controle abstrato **não** significa que o autor esteja dispensado de apontar o fundamento jurídico do pedido para cada dispositivo nele arrolado. A causa de pedir aberta não suprime, à parte, o dever processual de motivar o pedido e de identificar, na Constituição, em obséquio ao princípio da especificação das normas, os dispositivos alegadamente violados pelo ato normativo que pretende impugnar, sob pena do não-conhecimento, total ou parcial, da ação proposta.[34]

Esse entendimento de que a causa de pedir é aberta no controle abstrato de constitucionalidade é o fundamento para a impossibilidade de ação rescisória nas ações que o integram. Com efeito, ao declarar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma lei, o Supremo Tribunal Federal terá analisado a Constituição inteira, e não só os fundamentos apontados na inicial. Assim, ao afirmar que a lei é constitucional, o STF o está afirmando em relação a toda a Constituição e não somente à norma (ou normas) constitucional aduzida como fundamento jurídico do pedido. Por isso, não é possível pretender-se nova apreciação da validade de dispositivo de uma lei que já foi considerado constitucional pela Corte Suprema - seja em sede de ADI, seja em ADC, ou ainda em ADPF , mesmo que o novo pedido apresente fundamentação constitucional inteiramente diversa do anterior.

Em suma, no âmbito do controle abstrato, o Supremo Tribunal Federal (ou os Tribunais de Justiça) não está adstrito às razões de ordem jurídica invocadas como suporte da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor da ação. A pronúncia de inconstitucionalidade poderá ter por fundamento dispositivo ou princípio constitucional não suscitado pelo autor, porém, vislumbrado pelos ministros da Corte durante a apreciação da ação. No mesmo sentido, na hipótese de pronunciar a constitucionalidade, o STF estará declarando o dispositivo compatível com todo o texto constitucional.

[33] Cabe observar que essa regra - impossibilidade de apreciar a constitucionalidade de dispositivos não expressamente impugnados na petição inicial - não é absoluta. Com efeito, há exceção à vinculação ao pedido nos casos em que o STF pronuncia a inconstitucionalidade por arrastamento de dispositivo não impugnado, por existir correlação, conexão ou dependência entre ele e aqueles expressamente atacados no pedido. Analisamos, em outro ponto, a inconstitucionalidade "por arrastamento" ou "por atração".

[34] ADIMC 2.213-0, rei Min. Celso de Mello, 04.04.2002.

12.2.6. Petição inicial

A petição indicará o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, bem como o pedido, com suas especificações.

Note-se que o autor da ação tem a obrigação de indicar, além da lei ou do ato normativo impugnado, o pedido e os fundamentos jurídicos que embasam este. Embora o Supremo Tribunal Federal não esteja vinculado à causa de pedir, é obrigatória a indicação dos fundamentos jurídicos do pedido, sob pena de não-conhecimento da ação.

A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Vimos que, à exceção dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e das confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, os demais legitimados não precisam estar representados por advogado para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Mas, sempre que a petição inicial for subscrita por advogado deverá ser acompanhada de instrumento de procuração.

A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, cabendo agravo dessa decisão.

72.2.7. Imprescritibilidade

A propositura de ação direta de inconstitucionalidade não se sujeita a prazo de prescrição ou decadência, haja vista que os atos inconstitucionais não se convalidam no tempo. Significa que o legitimado poderá impugnar a lei ou ato normativo a qualquer tempo, sem preocupação com prazo prescricional ou decadencial.

Há, porém, dois limites temporais implícitos para essa impugnação.

Em primeiro lugar, devemos lembrar que só se admite a impugnação de leis ou atos normativos expedidos após 05.10.1988, uma vez que o direito pré-constitucional não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Assim, embora não exista prazo prescricional ou decadencial, é certo que atualmente uma lei de 1987 não poderá ser impugnada em ação direta de inconstitucionalidade, porquanto se trata de norma editada na vigência de Constituição pretérita.

Ademais, as leis e atos normativos só podem ser impugnados em ação direta de inconstitucionalidade durante o seu período de vigência, pois, como já analisado, a revogação da norma impugnada prejudica o controle de constitucionalidade via ação direta.

12.2.8. Impossibilidade de desistência

Proposta a ação direta de inconstitucionalidade, o autor não poderá dela desistir.

Sabemos que o controle abstrato consubstancia processo objetivo, de defesa da supremacia da Constituição, em benefício da sociedade. Assim, o papel dos detentores de legitimação ativa é, tão-somente, o de suscitar, perante o Supremo Tribunal Federal, uma relevante controvérsia constitucional. Suscitada a controvérsia constitucional, perde o legitimado a disposição sobre a ação direta (o legitimado não atua defendendo interesse próprio, mas sim o interesse público de restauração da harmonia do ordenamento jurídico).

Da mesma forma, não se admite a desistência do pedido de medida cautelar (liminar) em ação direta de inconstitucionalidade.

72.2.9. *Pedido de informações*

Conhecida a ação direta, o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, devendo essas ser prestadas no prazo de trinta dias a contar do recebimento do pedido.

O pedido de informações aos órgãos ou autoridades elaboradores da lei ou do ato normativo impugnado tem por fim a obtenção de maiores subsídios para que o Supremo Tribunal Federal firme posição sobre a matéria. Com a apresentação das informações, o Tribunal passa a ter em mãos não só os argumentos trazidos pelo autor da ação direta, que fundamentam o seu pedido de inconstitucionalidade, mas também as informações dos órgãos elaboradores da norma, que defenderão a sua legitimidade. Assim, quando a ação direta tem por objeto a impugnação de uma lei federal, o Congresso Nacional e a Presidência da República terão a oportunidade de prestar informações. Caso a ação direta tenha por objeto uma resolução administrativa de um dado tribunal do Poder Judiciário, a este será encaminhado o pedido de informações - e assim por diante.

Em caso de excepcional urgência, o Supremo Tribunal Federal poderá dispensar o pedido de informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, prosseguindo o feito sem a audiência desses.

Ademais, **não** haverá pedido de informações quando o órgão ou autoridade que criou a lei ou ato normativo impugnado for o próprio autor da ação direta de inconstitucionalidade, haja vista que, nesse caso, suas considerações sobre a validade da norma já foram apresentadas na petição inicial, como fundamento do pedido de inconstitucionalidade.

12.2.10. Impossibilidade de intervenção de terceiros

Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

A intervenção de terceiros é instituto processual que tem aplicação aos processos tipicamente subjetivos, nos quais se pretende o reconhecimento de certo direito concreto. Consiste, basicamente, na possibilidade de ingresso de uma pessoa em processo em curso entre outros sujeitos, em virtude de interesse daquela pessoa no objeto da demanda.

As figuras jurídicas da intervenção de terceiros - oposição, nomeação à autoria, denunciação da lide etc. - estão reguladas no Código de Processo Civil, e fogem ao objeto desta obra.

Como o processo de ação direta de inconstitucionalidade constitui processo objetivo, no qual inexistem propriamente partes e direitos subjetivos a serem tutelados, não há que se falar em intervenção de terceiros, na forma regulada pelo Código de Processo Civil.

Nosso ordenamento há muito positivou a proibição de intervenção de terceiros nos processos do controle abstrato. Essa vedação constava do art. 169, § 2.°, do Regimento Interno do STF e, hoje, encontra-se expressa no art. 7.°, *caput*, da Lei n.° 9.868/1999. Dessa forma, não se admite nos processos de controle abstrato a intervenção de terceiros concretamente interessados. Isso assim é porque, como explicado, não há interesses subjetivos a serem discutidos em tais processos.

Cabe anotar que o Supremo Tribunal não tem aceitado nem mesmo a intervenção de terceiro legitimado para a instauração do controle abstrato em processos da mesma natureza nos quais não seja ele parte, como requerente ou requerido. Assim, a Corte indeferiu a intervenção do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no processo de ação direta proposta pelo Procurador-Geral da República em face do Presidente da República e do Congresso Nacional, em razão de ser ele estranho à causa, por não figurar nela nem como requerente, nem como requerido.[35] Na ocasião, o Tribunal deixou assente que, apesar de o Conselho Federal da OAB ser legitimado

[35] ADI 1.105/DF, rei. Min. Maurício Corrêa, 23.08.2001.

para a propositura da ação direta, não poderia ele, em ações diretas nas quais não seja requerente ou requerido, intervir no feito, nem mesmo para interpor embargos de declaração.

A impossibilidade de intervenção de terceiros, aqui examinada, não se confunde com a admissibilidade de formação de litisconsórcio ativo entre legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Este, o litisconsórcio formal, é admitido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e ocorre quando dois ou mais legitimados pelo art. 103 da Constituição impetram a ação direta em conjunto, impugnando a validade de certa lei ou ato normativo.

A impossibilidade de intervenção de terceiros, na forma disciplinada pelo Código de Processo Civil, também não se confunde com a possibilidade de intervenção de terceiro não-legitimado na condição de *amicus curiae*, figura jurídica a seguir estudada.

12.2.11. Admissibilidade de amicus curiae

Entidades e órgãos que não possuem legitimação para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade poderão pedir ao relator da ação em curso perante o Supremo Tribunal Federal para manifestarem-se sobre a questão constitucional discutida. É o que dispõe o art. 7.°, § 2.°, da Lei n.° 9.868/1999, nos termos seguintes:

> § 2." O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Esse dispositivo, consoante têm assinalado de modo homogêneo a doutrina e o próprio Supremo Tribunal Federal, introduziu entre nós a figura do *amicus curiae* (literalmente, "amigo da corte"). Trata-se da possibilidade de ser admitida no processo manifestação formal de órgãos ou entidades, que efetivamente representem interesses passíveis de serem afetados pelo resultado do julgamento da ADI. Embora haja alguma divergência acerca dos limites dessa participação, não há dúvida de que se trata de possibilidade de manifestação formal e que essa inclui, pelo menos, a juntada de documentos, pareceres, ou memoriais, auxiliando o Tribunal a vislumbrar aspectos técnicos ou concernentes aos eventuais reflexos da declaração da inconstitucionalidade da norma atacada.

A instituição do *amicus curiae*, embora não chegue a conferir caráter contraditório ao processo, sem dúvida colabora para aumentar a participação

de setores organizados da sociedade, tornando mais democrático e pluralista o controle abstrato em nosso País: Ademais, tendo em vista o fato de que tais processos, sendo objetivos, têm causa de pedir aberta (o STF, na apreciação do pedido, não está limitado aos fundamentos ou argumentos apresentados, devendo apreciar todos os aspectos que possam ser relevantes para a verificação da compatibilidade entre a norma impugnada e a Constituição), a participação do *amicus curiae* reveste patente importância por reduzir sobremaneira a possibilidade de o Tribunal Constitucional deixar de apreciar argumentos ou conseqüências relevantes que possam vir a modificar a posição que, sem eles, teria sido adotada.

Além da apresentação de memoriais com informações e argumentos, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a possibilidade excepcional de sustentação oral pelo *amicus curiae,* afastando o entendimento de que sua manifestação somente poderia se dar por escrito.[36]

Quanto ao momento de admissão da intervenção do *amicus curiae* no processo, o Supremo Tribunal Federal inicialmente havia fixado entendimento de que ela deveria ocorrer, necessariamente, no momento de instrução, durante o prazo das informações, não sendo possível admiti-la quando já em curso o julgamento.[37] Posteriormente, porém, o Tribunal passou a aceitar, em casos determinados, a sustentação oral do *amicus curiae.* Com isso, a atuação deste passou a ser admitida, também, depois do prazo de instrução, quando o julgamento do feito já esteja em andamento.[38]

Cabe ressaltar que os órgãos e entidades interessados não têm direito subjetivo à intervenção no processo de ação direta na qualidade de *amicus curiae.* Poderão eles solicitar a intervenção ao Ministro relator, mas cabe a este deferir (ou não) o pedido, em despacho irrecorrível, levando em conta a relevância da matéria e a representatividade dos requerentes.

Ademais, segundo a jurisprudência do STF, a admissão de terceiros na qualidade de *amicus curiae* não lhes assegura o direito à interposição de recursos no respectivo processo de ação direta de inconstitucionalidade. Para o Tribunal, "não são cabíveis os recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, nesses incluídos os que ingressam no feito na qualidade de *amicus curiae"?*[9] Portanto, os terceiros intervenientes no processo de ação direta, na condição de *amicus curiae,* não poderão, por exemplo, interpor embargos de

ADI 2.675/PE, rei. Min. Carlos Velloso e ADI 2.777/SP, rei. Min. Cezar Peluso, 26 e 27.11.2003.
ADIMC 2.238/DF, rei. Min. limar Galvão, 27.08.2001.
ADI 2.548/PR, rei. Min. Gilmar Mendes, 18.10.2005.
ADI-ED 3.615/PB, rei. Min. Cármen Lúcia, 17.03.2008.

declaração em face da decisão definitiva de mérito prolatada pelo Supremo Tribunal Federal.

A intervenção de terceiros, na qualidade de *amicus curiae*, tem sido largamente admitida pelo Supremo Tribunal Federal nos processos de natureza abstrata, dada a sua natureza eminentemente objetiva. Ademais, o Tribunal já admitiu a intervenção de *amicus curiae* em recurso extraordinário, no âmbito do controle incidental. Segundo o Tribunal, a admissão de *amicus curiae* no controle incidental tem fundamento, especialmente, na Lei n.° 10.259/2001 (arts. 14, § 7.°, e 15), que autoriza, em recurso extraordinário, a manifestação de eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo.[40]

12.2.12. Atuação do Advogado-Geral da União

Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

A atuação do Advogado-Geral da União está regulada pelo art. 103, § 3.°, da Constituição, que determina a sua citação quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, para que defenda o ato ou texto impugnado.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento segundo o qual o Advogado-Geral da União, nesses processos, não atua na sua função ordinária, prevista no art. 131 da Constituição, como órgão de representação, consultoria e assessoramento da União. O parágrafo 3.° do art. 103 lhe dá uma competência especial: a defesa da constitucionalidade da norma que, em tese, é inquinada de inconstitucional, o que implica dizer que a Constituição lhe atribui o papel, nesses processos objetivos, de verdadeiro curador da presunção da constitucionalidade da lei atacada *(defensor legis).*

Assim, a função do Advogado-Geral da União no controle abstrato é a defesa da presunção de constitucionalidade da norma, independentemente de sua origem, se federal ou estadual. Diferentemente do Procurador-Geral da República, que exerce o papel de advogado da Constituição, imparcialmente, interessado exclusivamente na defesa da ordem constitucional, o papel do Advogado-Geral da União é, sempre, o de defesa das normas, federais ou estaduais, cuja inconstitucionalidade é argüida.

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a garantia do contraditório no processo de controle abstrato de constitucionalidade vê-se atendida com a intervenção do Advogado-Geral da União, que, em atuação

[40] RE 416.827/SC e RE 415.454/SC, rei. Min. Gilmar Mendes, 21.09.2005.

processual plenamente vinculada, deve assumir, na condição de curador da presunção de constitucionalidade, a defesa irrestrita da validade da norma impugnada, independentemente de sua natureza federal ou estadual.

Não lhe é dado, portanto, o direito de se manifestar pela inconstitucionalidade da norma.

Assim, entende o Tribunal Excelso que, atuando como verdadeiro curador *(defensor legis)* das normas infraconstitucionais, a velar pela preservação de sua presunção de constitucionalidade, não cabe ao Advogado-Geral da União, em sede de controle normativo abstrato, ostentar posição contrária ao ato estatal impugnado, sob pena de frontal descumprimento da função indisponível que lhe foi imposta pela Constituição. Incumbe-lhe, sim, promover a irrestrita defesa do ato ou texto que teve a sua inconstitucionalidade argüida, veiculando os argumentos disponíveis.

Essa posição do Supremo Tribunal Federal, reiteradamente criticada pela doutrina, termina por obrigar o Advogado-Geral da União a defender a norma legal ou ato normativo impugnado, federal ou estadual, a todo preço, em qualquer caso e circunstância, mesmo que a inconstitucionalidade da norma seja irrefutável, salte aos olhos de forma gritante.

Ainda, não obstante represente o Advogado-Geral da União judicial e extrajudicialmente a União, cabendo-lhe as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, deverá ele defender a norma impugnada mesmo quando o autor da ação direta for o Presidente da República. Assim, caso haja uma lei estadual desrespeitando a competência da União, e o Presidente da República decida argüir a inconstitucionalidade dessa lei por meio de ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal citará o Advogado-Geral da União, que deverá, obrigatoriamente, defender a constitucionalidade da lei (embora sabendo que, supostamente, a referida lei está afrontando os interesses da União, a quem ele deve, ordinariamente, representar e assessorar - e de cujo Poder Executivo o chefe é o Presidente da República, que o nomeou para o cargo de confiança!).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, contudo, estabelece uma importante ressalva a esse papel de defensor da lei atribuído ao Advogado-Geral da União: não está ele obrigado a defender a constitucionalidade da norma se o STF já tiver fixado entendimento de que ela é inconstitucional.[4] Assim, na hipótese em que, em outros julgados, proferidos no âmbito do controle difuso, o STF já tenha firmado o entendimento de que é inconstitucional a norma que está sendo impugnada agora no controle abstrato, o

[4] "O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela inconstitucionalidade" (ADi 1.616-4/PE, rei. Min. Maurício Corrêa, 24.05.2001).

Advogado-Geral da União fica dispensado de defender a constitucionalidade dessa norma.

O Supremo Tribunal Federal entende que a audiência do Advogado-Geral da União, prevista no citado art. 103, § 3.°, da Constituição, é necessária tão-somente em sede de ação direta de inconstitucionalidade - ADI e argüição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF, o mesmo não ocorrendo na ação direta de inconstitucionalidade por omissão - ADI por omissão e na ação declaratória de constitucionalidade - ADC.

A desnecessidade da atuação do Advogado-Geral da União em ação declaratória de constitucionalidade justifica-se porque, nessa ação, não há ato ou texto impugnado, uma vez que o autor da ação pleiteia o reconhecimento da constitucionalidade da norma (e não de sua inconstitucionalidade). Não haveria, portanto, contraditório a ser assegurado, em razão da ausência de ato a ser defendido. O mesmo fundamento - ausência de contraditório - justifica a ausência de atuação do Advogado-Geral da União em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, porquanto nessa ação não há norma inquinada de inconstitucional (a ação é proposta, justamente, em face da ausência de norma regulamentadora de direito constitucional).

Por fim, vale lembrar que o Advogado-Geral da União **não** é legitimado ativo para instaurar o controle abstrato, vale dizer, não dispõe de legitimidade para propor ao Supremo Tribunal Federal nenhuma das ações diretas existentes.

12.2.13. Atuação do Procurador-Geral da República

A atuação do Procurador-Geral da República é marcadamente distinta da prevista para o Advogado-Geral da União.

O Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público da União, órgão encarregado da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui relevante participação no processo das ações diretas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Sua importância ímpar decorre do estabelecido no inciso VI do art. 103 da Carta Política, que dispõe ser ele um dos legitimados para a propositura das ações do controle abstrato, e, especialmente, no § 1.° do mesmo art. 103, que lhe outorga o direito de manifestação em todas as ações de jurisdição concentrada, nos termos seguintes:

> § 1." O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

Nesse último papel, prescrito pelo § 1.° do art. 103 da Carta de 1988, o Procurador-Geral da República atua como fiscal da Constituição, sem outra finalidade senão a de defender o ordenamento constitucional contra as leis com ele incompatíveis. Deverá opinar em todas as ações de jurisdição concentrada perante o Supremo Tribunal Federal, com plena independência, bem assim em todos os processos de competência dessa Corte.

A sua manifestação é imprescindível, podendo opinar pela procedência ou pela improcedência da ação proposta. Porém, seu parecer, evidentemente, tem natureza meramente opinativa e, portanto, não vincula o Supremo Tribunal Federal.

Ao opinar nas ações do controle abstrato, o Procurador-Geral da República age autonomamente, não lhe sendo exigido que sustente, invariavelmente, a inconstitucionalidade da norma, afigurando-se suficiente que indique ser relevante o fundamento jurídico do requerimento que lhe foi endereçado por um dos órgãos legitimados para a propositura da ação. Assim, não raras vezes, submete o Procurador-Geral da República ao Pretório Máximo ações diretas de inconstitucionalidade que lhe foram requeridas por terceiros, manifestando-se ele próprio, ulteriormente, pela improcedência da argüição.

A função do Procurador-Geral da República é, portanto, defender a rigorosa observância da Constituição; como fiscal da aplicação da lei terá que se manifestar, muitas vezes, pela inconstitucionalidade do ato normativo objeto da ação direta.

Questão relevante diz respeito à necessidade de compatibilizar a dupla atuação do Procurador-Geral da República no âmbito do controle abstrato - direito de propositura (CF, art. 103, VI) *versus* direito de manifestação (CF, art. 103, § 1.°) -, quando ele próprio, na qualidade de legitimado, propõe a ação direta.

Nessa situação, quando ele próprio ajuíza a ação direta, restará mantido, ainda, o seu direito de manifestação?

A resposta é afirmativa. Segundo o Supremo Tribunal Federal, mesmo quando o Procurador-Geral da República é o autor da ação direta preserva ele o seu direito de opinar a respeito do cabimento dessa ação. Poderá o Procurador-Geral da República, inclusive, opinar pela improcedência da ADI que ele mesmo ajuizou (manifestando-se, ulteriormente, com fundamento no art. 103, § 1.°, contra a inconstitucionalidade que ele próprio argüiu, no uso da sua legitimação consagrada no art. 103, VI, da CF).

Portanto, a posição de imparcialidade do fiscal da aplicação da lei - o Procurador-Geral da República - está preservada ainda quando é ele o autor da ação direta; ademais, mesmo desempenhando essa função no processo objetivo, pode ele, afinal, se manifestar contra a inconstitucionalidade que argüiu na inicial.

Não lhe é dado, porém, o direito de desistir da ação direta. Deveras, o direito assegurado ao Procurador-Geral da República de manifestar-se pela improcedência da ação direta que ele próprio ajuizou não pode ser confundido com o direito de desistir da ação. Isso porque, como o seu parecer não obriga o Supremo Tribunal Federal, mesmo opinando pela improcedência da ação, o Tribunal poderá dar prosseguimento ao julgamento.

Como se vê, é peculiar a posição processual do Procurador-Geral da República no controle abstrato perante o STF: detém ele legitimidade para propor todas as ações diretas e, também, dispõe do direito de manifestação em todas as ações diretas propostas ao STF pelos demais legitimados do art. 103, bem como naquelas ações diretas por ele ajuizadas.

ATUAÇÃO DO PGR E DO AGU NO CONTROLE ABSTRATO	
PGR (CF, art. 103, VI, e § 1.º)	AGU (CF, art. 103, § 3.º)
Atua na defesa da Constituição, da harmonia do ordenamento juridico-constitucional.	Atua como defensor da norma impugnada, assegurando o contraditório no controle abstrato.
Atuação independente: poderá opinar pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma.	Atuação vinculada: está obrigado a defender a constitucionalidade da norma impugnada, exceto se o STF já possuir posição firmada pela inconstitucionalidade dessa.
Atua em todas as ações	Não atua em ADI por omissão e ADC.
É legitimado ativo (pode propor todas as ações do controle abstrato).	Não é legitimado ativo.
Poderá opinar nas ações por ele propostas (inclusive pela improcedência da ação).	Sua atuação alcança leis federais e estaduais.

12.2.14. Atuação do relator na instrução do processo

Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

Essas informações, perícias e audiências serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Trata-se, como se constata, de medidas que a lei faculta ao relator do processo, tendo por escopo assegurar a sua completa instrução, garantir que os dados trazidos aos autos sejam os mais completos e esclarecedores possível, tendo em conta não só a relevância de uma decisão proferida pelo STF nessa espécie de ação, mas, também, o fato de que a causa de pedir aberta, característica dos processos do controle abstrato, faz necessária uma ampla análise de todos os elementos relacionados à matéria em apreciação (basta lembrar que a decisão não poderá ser objeto de ação rescisória e que a norma impugnada não poderá sê-lo novamente em outra ação, ainda que sob outro fundamento jurídico).

Com o vencimento dos prazos para a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República e, se for o caso, dos demais intervenientes, conclui-se a fase de instrução, momento em que o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá data para o julgamento da ação.

12.2.15. Medida cautelar em ADI

Estabelece a Constituição que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar o pedido de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade.[42]

A medida cautelar (concedida mediante liminar, antes da apreciação do mérito do pedido principal) constitui um provimento jurisdicional que tem por fito assegurar a utilidade da futura decisão de mérito da ação direta.

Sempre que satisfeitos os pressupostos processuais, o Supremo Tribunal Federal apreciará liminarmente o pedido do autor da ação direta, a fim de afastar dano irreparável, ou de difícil reparação, que adviria caso os efeitos decorrentes da solução da controvérsia ocorressem somente por ocasião da decisão meritória.

O pedido de cautelar é apreciado pelo Supremo Tribunal Federal diante da alegação, pelo autor da ação, da presença dos pressupostos *fumus boni júris* (fumaça do bom direito) e *periculum in mora* (perigo na demora).

O *fumus boni júris* diz respeito ao fundamento jurídico do pedido, à demonstração de sua razoabilidade, de sua relevância e plausibilidade jurídicas.

[42] Art. 102, I, "p".

Por outro lado, deve ser evidenciado no pedido formulado que, não sendo concedida a liminar, a demora da tramitação do processo e do julgamento definitivo da ação acarretará graves transtornos, danos ou prejuízos, de difícil ou impossível reparação *(periculum in mora).*

A medida cautelar será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal (seis votos), devendo estar presentes na sessão, pelo menos, oito Ministros, salvo no período de recesso, quando poderá ser concedida pelo Presidente do Tribunal, *ad referendum* do Tribunal Pleno.[43]

A regra é a apreciação do pedido de medida cautelar ocorrer somente após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado. Ademais, se o relator julgar indispensável, poderá ouvir previamente o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.[44] Porém, em caso de excepcional urgência poderá ser deferida a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado.[45]

No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Supremo Tribunal Federal.[46]

O relator poderá, também, propor ao Plenário que, tendo em vista a relevância da matéria e o seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, converta o julgamento da medida cautelar em julgamento definitivo da ação direta. Com efeito, determina a lei que, havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.[47]

Essa regra legal visa a estimular a celeridade processual e reforçar o princípio da segurança jurídica. Em face de um pedido de liminar, o relator, considerando a matéria particularmente relevante, submete-a diretamente ao Plenário propondo que, em espaço de tempo bem mais curto do que o previsto para a tramitação ordinária da ADI (os prazos para prestação de informações

[43] O art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal permite também que, em caso de urgência, a medida cautelar seja concedida monocraticamente pelo Ministro relator, *ad referendum* do Plenário.

[44] Lei n.° 9.868/1999, art. 10, § 1.°.

[45] Lei n.° 9.868/1999, art. 10, §§ 1.° e 3.°.

[46] Lei n.° 9.868/1999, art. 10, § 2.°.

[47] Lei n.° 9.868/1999, art. 12.

e para manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República são bastante reduzidos), seja proferida, desde logo, uma decisão definitiva. Caberá ao Plenário acatar, ou não, a proposta do Ministro relator. Caso decida acatar, não haverá a apreciação do pedido de medida cautelar, mas sim, em vez disso, o julgamento definitivo da ação.

A medida cautelar começa a produzir efeitos a partir da publicação, no Diário da Justiça da União, da ata do julgamento do pedido, ressalvadas as situações excepcionais expressamente reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal.[48] A regra, portanto, é o início da produção de efeitos a partir da publicação, no Diário da Justiça da União, da ata do julgamento cautelar, mas o Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para fixar outro momento, desde que o faça expressamente.

Em regra, a medida cautelar é concedida com eficácia *ex nunc*, gerando efeitos somente a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere.

Excepcionalmente, porém, a medida cautelar poderá ser concedida com eficácia retroativa, com efeitos *ex tunc*, repercutindo sobre situações pretéritas, desde que o Pretório Excelso expressamente lhe outorgue esse alcance.

Enfim, a excepcionalidade da eficácia *ex tunc* impõe que o Supremo Tribunal Federal expressamente a estabeleça no acórdão concessivo da medida cautelar. A ausência de determinação expressa importa em outorga de eficácia *ex nunc* à suspensão cautelar da aplicação da norma impugnada.

A medida cautelar é dotada de eficácia geral *{erga omnes)* e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Desse modo, concedida a medida cautelar, afasta-se, com eficácia geral *(erga omnes)*, a vigência da norma impugnada até o julgamento do mérito da ação. Com isso, todas as pessoas até então sujeitas ao cumprimento da lei ou do ato normativo impugnado estarão imunes à sua incidência até o posterior julgamento do mérito da ação direta pelo Supremo Tribunal Federal.

De igual forma, a decisão é dotada de força vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, que não poderão dar aplicação à lei cuja vigência esteja suspensa por força da medida cautelar concedida em ação direta.

Em decorrência automática dessa força vinculante, a medida tem também o efeito de suspender, durante o período de sua eficácia, o julgamento de todos os processos que envolvam a aplicação da lei ou ato normativo

[48] Rcl MC 3.309/ES, rei. Min. Celso de Mello, 01.07.2005.

objeto da ação. Significa dizer que, do início da produção dos efeitos da medida cautelar (data de publicação da ata do julgamento cautelar) até o julgamento do mérito da ação direta, os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública estarão impedidos de proceder ao julgamento de qualquer processo que envolva a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação direta.

Caso os demais órgãos do Poder Judiciário ou a Administração Pública direta e indireta desobedeçam à suspensão determinada na medida cautelar, caberá **reclamação** diretamente ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada.[49]

É de ressaltar, entretanto, que não há efeito vinculante no caso de **indeferimento** da liminar.[50] Isso implica afirmar que o indeferimento da liminar não significa que o Supremo Tribunal Federal tenha considerado que a lei questionada presumivelmente virá a ser julgada constitucional. Assim, negada uma cautelar em ação direta, nada impede que os juízos singulares e os tribunais, no âmbito do controle concreto, declarem inconstitucional a mesma lei que esteja sendo impugnada na ADI em que se indeferiu a liminar. Caso ocorra essa situação, tendo em vista a inexistência de efeito vinculante da decisão que indefere o pedido de medida cautelar, **não** terá cabimento o ajuizamento de reclamação pelo pretenso descumprimento do que foi decidido pela Corte, na ocasião do indeferimento da medida.

A concessão da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade torna aplicável (provisoriamente) a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação do STF em sentido contrário.[51]

Portanto, além de suspender a vigência da norma impugnada até o julgamento do mérito, a cautelar implica a repristinação provisória (e tácita) de eventual norma revogada pela lei atacada, restabelecendo temporariamente sua vigência, exceto se houver manifestação expressa do Supremo Tribunal em sentido contrário.

Esse dispositivo legal consigna uma importante eficácia da concessão da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade: a concessão da medida cautelar implica a repristinação provisória de eventual norma revogada pela lei ou ato normativo impugnado.

Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões (CF, art. 102, I, "l").

Rcl AgR 2.81 O/MG, rei. Min. Marco Aurélio, 18.11.2004.

Lei n.° 9.868/1999, art. 11, § 2.°.

Em simples palavras, significa dizer que, se a norma impugnada, que teve sua vigência suspensa pela medida cautelar, havia revogado outros atos normativos, estes voltam a viger provisoriamente, a partir da data em que a cautelar for concedida, exceto se houver manifestação expressa do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário. Posteriormente, se no julgamento do mérito da ação direta for proclamada a constitucionalidade da norma impugnada, a medida cautelar é tornada sem efeito e os atos normativos cuja vigência havia sido temporariamente restabelecida consideram-se definitivamente revogados. Ao contrário, se no julgamento de mérito for proclamada a inconstitucionalidade da norma atacada, permanecerão vigentes, sem qualquer alteração, os atos normativos anteriores, que a norma declarada inconstitucional pretendera revogar (e cuja vigência já havia sido restabelecida, conquanto provisoriamente, com a concessão da medida cautelar).

Para ilustrar, suponhamos a existência de uma lei Alfa em pleno vigor, que, porém, vem a ser posteriormente revogada por uma lei Beta, que confere nova disciplina à matéria.

Nessa situação, caso seja proposta uma ação direta de inconstitucionalidade impugnando a lei Beta, com pedido de suspensão cautelar, e esta medida seja concedida pelo Supremo Tribunal Federal, teremos a suspensão da vigência da lei Beta, até o julgamento do mérito, e a conseqüente restauração provisória da vigência da lei Alfa, salvo manifestação expressa do STF em sentido contrário (determinando, expressamente, que a concessão da liminar, embora suspenda a vigência da lei Beta, não implica a restauração da vigência da lei Alfa).

Por fim, ressaltamos que, a rigor, a liminar em ação direta de inconstitucionalidade suspende provisoriamente não só a eficácia, mas também a **vigência** da lei impugnada.[52] Essa interpretação do Pretório Excelso é coerente com a regra que terminamos de examinar, segundo a qual a liminar implica a repristinação provisória das normas anteriormente revogadas pela lei objeto da ação direta. Afinal, se só a eficácia fosse suspensa pela liminar, mas não a vigência da lei impugnada, seria forçoso afirmar que a mera suspensão de eficácia teria o condão de restaurar a vigência da legislação pretérita.

[52] Rcl 2.256/RN, rei. Min. Gilmar Mendes, 11.09.2003.

MEDIDA CAUTELAR EM ADIN	PRESSUPOSTOS -	"Fumus boni iuris".
		i"Periculum in mora"
	FORÇA DA MEDIDA	Suspende a eficácia da norma impugnada até o julgamento do mérito.
		Suspende o julgamento de processos que envolvam a aplicação da norma.
		Torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo manifestação do STF em contrário.
	EFEITOS	Em regra, "ex nunc"
		Poderão ser "ex tunc", desde que o STF o determine.
		Eficácia "erga omnes"
		Efeito vinculante.
	DELIBERAÇÃO	Aprovação de maioria absoluta, salvo nos períodos de recesso.
	INÍCIO DA EFICÁCIA DA MEDIDA	Na data de publicação da Ata de Julgamento no Diário Oficial.

12.2.16. Decisão de mérito

O estudo dos efeitos da decisão de mérito proferida em ação direta de inconstitucionalidade constitui matéria complexa e de grande interesse para a compreensão do controle de constitucionalidade abstrato, razão pela qual dividiremos o seu exame em subitens, de modo a facilitar a assimilação dos seus diferentes aspectos.

12.2.16.1. Deliberação

A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se estiverem presentes na sessão pelo menos oito Ministros.[53] Esse é, portanto, o *quorum* especial para a instalação da sessão de julgamento de uma ação direta, sem o qual não poderá haver sessão deliberativa.

[53] Lei n.° 9.868/1999, art. 22.

Uma vez instalada a sessão e efetuado o julgamento, a proclamação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada dependerá de manifestação, num ou noutro sentido, de pelos menos seis Ministros.[54] Essa necessidade de manifestação de pelo menos seis Ministros resulta da exigência constitucional de maioria absoluta para a proclamação da inconstitucionalidade pelos Tribunais, denominada "reserva de plenário" (art. 97). Como a ação direta tem efeito dúplice ou ambivalente, exige-se maioria absoluta não só para a pronúncia da inconstitucionalidade, mas também para a proclamação da constitucionalidade da lei ou ato normativo.

Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade (seis votos), estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

Note-se que a lei estabelece um *quorum* mínimo para a instalação da sessão de julgamento (oito Ministros) e um número mínimo de votos para que seja proferida a decisão de mérito (seis Ministros). Por exemplo, se estiverem presentes nove Ministros haverá *quorum* para a instalação da sessão de julgamento. Porém, caso cinco Ministros se manifestem num sentido e quatro noutro, não será, nessa sessão, proferida a decisão de mérito. Nesse caso, o julgamento será suspenso, aguardando-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número mínimo necessário (seis) para prolação da decisão num ou noutro sentido.

No julgamento de ação direta, não se admite a argüição de suspeição de Ministro. Porém, é possível a alegação de impedimento, nos casos em que o Ministro do Supremo Tribunal Federal tenha atuado anteriormente no processo na condição de Procurador-Geral da República, Advogado-Geral da União, requerente ou requerido. O Ministro-Presidente do Tribunal não é obrigado a votar, mas o fará sempre que assim decidir e, também, na hipótese de necessário desempate (diante da manifestação de cinco Ministros num sentido, e cinco noutro).[55]

[54] Lei n.° 9.868/1999, art. 23.

[55] Ainda sobre as deliberações do Supremo Tribunal Federal, um esclarecimento de ordem prática que julgamos necessário, especialmente àqueles que ora iniciam o estudo do Direito Constitucional e o acompanhamento dos julgados da nossa Corte Maior. Embora a deliberação mínima para a prolação da decisão de mérito em ação direta seja de seis Ministros, não é certo afirmar-se que, uma vez atingido esse número de votos num sentido, o julgamento será encerrado. Na realidade, num julgamento em que seis Ministros já tenham manifestado seus votos pela constitucionalidade da lei impugnada, é possível, ainda, que a decisão final proclame a inconstitucionalidade da mesma lei, até mesmo por unanimidade. Isso porque, se qualquer Ministro, que ainda não tenha votado, manifestar o seu voto em sentido divergente e apresentar novos argumentos que convençam os demais

12.2.16.2. Natureza dúplice ou ambivalente

A ação direta de inconstitucionalidade é ação dotada de natureza dúplice ou ambivalente.

Significa afirmar que a decisão de mérito proferida em ação direta de inconstitucionalidade produz eficácia jurídica num ou noutro sentido, seja quando é dado provimento à ação, seja na hipótese em que lhe é negado provimento.[56]

Assim, como o pedido na ação direta de inconstitucionalidade é o reconhecimento da inconstitucionalidade, se for dado provimento à ação, o Supremo Tribunal Federal estará declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Ao contrário, se for negado provimento à ação, o Tribunal estará declarando a constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado.

Em síntese: proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta de inconstitucionalidade; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta.[57]

A razão para que, entre nós, a ação direta de inconstitucionalidade seja dotada de natureza dúplice ou ambivalente é que, como já analisado, nessa ação a causa de pedir é aberta, vale dizer, ao apreciá-la, o Supremo Tribunal Federal não se vincula aos fundamentos apresentados pelo proponente, podendo declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado tendo como fundamento qualquer parâmetro constitucional.

Melhor explicando. Quando o Supremo Tribunal Federal aprecia a validade de uma lei impugnada em ação direta, o Tribunal não o está fazendo apenas com relação aos fundamentos apresentados pelo autor da ação, mas sim em relação a toda a Constituição. Esse o sentido de se afirmar que em ação direta a causa de pedir é aberta. Desse modo, se o Tribunal julga improcedente uma ação direta de inconstitucionalidade, está ele a dizer que examinou todo o ordenamento constitucional brasileiro e não encontrou nenhuma razão (nenhum parâmetro) para declarar a invalidade da lei ou ato normativo impugnado. Ora, se todo o ordenamento constitucional foi examinado e não se encontrou

Ministros acerca da inconstitucionalidade da lei, estes poderão mudar o voto já manifestado e acompanhar a nova tese jurídica apresentada. Nessa situação, é possível, teoricamente, que o julgamento, que até então estava com seis votos a favor da constitucionalidade da lei, termine afirmando a inconstitucionalidade da norma por unanimidade.

Vale reforçar que somente a **decisão de mérito** é dotada de natureza ambivalente, haja vista que, como já analisado, o indeferimento de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade não implica o reconhecimento da constitucionalidade da norma.

A natureza dúplice ou ambivalente da decisão de mérito em ação direta está prevista no art. 24 da Lei n.° 9.868/1999: Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

nenhum parâmetro que autorizasse a proclamação da inconstitucionalidade da norma é porque, certamente, ela é válida, por não desrespeitar nenhum parâmetro de todo o ordenamento constitucional.

Essa explicação prévia se faz necessária porque, ao examinarmos os efeitos da decisão de mérito em ação direta de inconstitucionalidade, temos que ter em conta que eles alcançarão não só as decisões que julgam as ações procedentes, mas também aquelas que reconhecem a sua improcedência. Enfim, ao afirmarmos que a decisão de mérito em ação direta de inconstitucionalidade é dotada de eficácia *erga omnes*, estaremos dizendo que tanto a decisão que julga procedente a ação (e, portanto, proclama a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo), quanto a que a julga improcedente (e, portanto, proclama a constitucionalidade da lei ou ato normativo) têm esse mesmo alcance.

12.2.16.3. Efeitos da decisão

As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.[58]

Em regra, podemos afirmar que a decisão do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade é dotada de:

a) eficácia contra todos *(erga omnes);*

b) efeitos retroativos *(ex tunc);*

c) efeito vinculante;

d) efeito repristinatório em relação à legislação anterior.

Afirmar que a decisão é dotada de eficácia *erga omnes* significa dizer que a decisão tem força geral, contra todos, alcançando todos os indivíduos que estariam sujeitos à aplicação da lei ou ato normativo impugnado. Desse modo, todas as pessoas que se encontrem abrangidas pela situação prevista na lei ou ato normativo serão atingidas pela decisão da ação direta. Se a ação direta foi julgada procedente, a proclamação da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo afastará a sua aplicação em relação a todos. Se a ação direta foi julgada improcedente, a proclamação da constitucionalidade

[58] Art. 102, § 2.°, com a redação dada pela EC n.° 45/2004.

da lei ou ato normativo também alcançará a todos, que estarão obrigados a dar cumprimento aos seus termos.[59]

As decisões de mérito em ação direta de inconstitucionalidade produzem efeitos retroativos *(ex tunc),* pois fulminam a lei ou ato normativo desde a sua origem. Vale dizer, a decisão retroage à data da origem da lei, invalidando-a deste então, bem como os atos pretéritos com base nela praticados. Enfim, a declaração da inconstitucionalidade com efeitos retroativos retira a lei do ordenamento jurídico desde a sua origem, atinge os atos com base nela praticados e desautoriza a invocação de qualquer direito com fundamento no diploma legal/* Se, no ano de 2006, é declarada em ação direta a inconstitucionalidade de uma lei instituidora de imposto publicada em 2002, a decisão retroagirá à data da origem da lei (2002), retirando-a do ordenamento jurídico desde então, o que ensejará a devolução de todo o imposto pago no período de vigência da lei e obstará a cobrança de qualquer novo valor com o mesmo fundamento.

A decisão de mérito em ação direta, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, é dotada de efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.[61]

Significa que todos os demais órgãos do Judiciário e todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta, nas três esferas de governo, ficam vinculados à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, não podendo desrespeitá-la, por exemplo, aplicando a um caso concreto a lei declarada inconstitucional.

Caso haja desrespeito à decisão proferida em ação direta, o prejudicado poderá se valer do instrumento processual denominado **reclamação,** proposta diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, para que este garanta a autoridade de sua decisão, determinando a anulação do ato administrativo ou a cassação da decisão judicial reclamada.[62]

Lei n.° 9.868/1999, art. 28, parágrafo único: "A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal."

A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe - ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos - a possibilidade de invocação de qualquer direito (ADI QO 652/MA, rei. Min. Celso de Mello, DJU 02.04.1993).

Lei n.° 9.868/1999, art. 28, parágrafo único.

CF, art. 102, inciso I, alínea "I": Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe julgar a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

Cabe ressaltar que toda e qualquer pessoa atingida por decisões contrárias ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento cautelar ou de mérito proferido em ação direta, é considerada como parte legítima para a propositura de reclamação.

Enfim, sempre que houver o descumprimento, por quaisquer juizes ou tribunais, ou por quaisquer órgãos ou entidades da Administração Pública direta e indireta, de decisões revestidas de efeito vinculante, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato, em caráter cautelar ou definitivo, poderá ser utilizada a via da reclamação perante a Suprema Corte, a fim de fazer prevalecer a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dessas suas decisões.

Esse é o grande diferencial entre decisões sem efeito vinculante e aquelas que possuem tal eficácia. A fim de bem visualizá-lo, basta observar que, se o STF adota uma determinada posição no controle concreto - ainda que em inúmeros julgados - e um juiz de primeiro grau, em uma ação na qual seja incidentalmente suscitada essa mesma questão já decidida pelo STF no controle concreto, decide de forma diferente, a parte prejudicada terá que percorrer todas as instâncias judiciais até que a matéria, em sede de recurso extraordinário, obtenha uma decisão do STF (que será específica para aquele processo). Isso assim é porque, no controle concreto, as decisões não têm efeito vinculante, logo, não existe nenhuma possibilidade processual de terceiro prejudicado por uma decisão proferida em instância inferior, divergente da posição do Pretório Excelso, provocar, diretamente, a manifestação da Corte Suprema.

Diferentemente, se o STF decide uma questão no controle abstrato, e o juiz de primeiro grau, em uma ação na qual seja incidentalmente suscitada a mesma questão decidida pelo Tribunal Maior no controle abstrato, adota uma posição discrepante, a parte prejudicada pode, mediante o instrumento processual da reclamação, levar, diretamente, a matéria ao Supremo Tribunal Federal, solicitando que seja exigido do juiz de primeiro grau respeito à autoridade da decisão da Corte Máxima. Tal exigência só é possível em razão do efeito vinculante das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Essa força vinculante, insista-se, alcança todos os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Porém, o efeito vinculante da decisão proferida em ação direta **não** alcança o próprio Supremo Tribunal Federal, que, em tese, poderá posteriormente mudar sua posição em uma outra ação. De fato, o Supremo Tribunal Federal, revendo antiga posição, passou a entender que ele próprio não está sujeito ao efeito vinculante de suas decisões. Na prática, significa que o Tribunal passou a conhecer as ações diretas que impugnem matéria já

apreciada por ele em anteriores ações do controle abstrato, uma vez que é possível que, na apreciação da nova ação, o STF modifique o entendimento antes firmado, isto é, pode o STF rever sua jurisprudência constitucional no julgamento de novas ações do controle abstrato.[63]

O efeito vinculante **não** alcança, também, a atividade normativa do Poder Legislativo, que não fica impedido de editar nova lei com igual conteúdo.[64]

Esse último entendimento do Supremo Tribunal Federal - o efeito vinculante não alcança o Poder Legislativo, que poderá editar nova lei com idêntico teor ao texto anteriormente censurado pela Corte - faz com que **não** caiba reclamação contra ato legislativo produzido em data posterior à decisão em ação direta. Com efeito, é firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não cabe reclamação contra lei posterior à decisão cujo desrespeito se alega.[65]

Deve-se frisar, todavia, que a ausência de vinculação diz respeito exclusivamente à atividade típica, legiferante, do Poder Legislativo, não ao exercício de suas funções administrativas. Vale dizer, os órgãos administrativos do Poder Legislativo, como qualquer outro órgão administrativo, são alcançados pela eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas no controle abstrato de normas.

A decisão de mérito em ação direta é, também, dotada de efeitos repristinatórios em relação ao direito anterior, que havia sido revogado pela norma declarada inconstitucional. Deveras, como a declaração de inconstitucionalidade em ação direta tem eficácia retroativa *(ex tunc),* afastando os efeitos jurídicos da lei desde a data de sua publicação, a revogação que a lei havia produzido torna-se sem efeito. Com isso, é como se a lei anteriormente revogada pela lei declarada inconstitucional em ação direta jamais tivesse perdido sua vigência, não sofrendo solução de continuidade.[66]

[63] ADI 2.675/PE, rei. Min. Carlos Velloso, 26.11.2003.

[64] O efeito vinculante e a eficácia contra todos *(erga omnes),* que qualificam os julgamentos que o Supremo Tribunal Federal profere em sede de controle normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo, não se estendendo, porém, em tema de produção normativa, ao legislador, que pode, em conseqüência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF (Rcl MC 5.442/PE, rei. Min. Celso de Mello, 31.08.2007).

[65] Rcl AgR 344, rei. Min. Maurício Corrêa, 06.12.2001.

[66] A declaração de inconstitucionalidade *in abstracto,* considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente, importa em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato. É que a lei declarada inconstitucional, por incidir em absoluta desvalia jurídica, não pode gerar quaisquer efeitos no plano do direito, nem

Para ilustrar, imagine-se que a lei Beta tenha revogado a lei Alfa em 10.08.2005. Posteriormente, em 10.02.2007, a lei Beta foi declarada inconstitucional em ação direta de inconstitucionalidade. Nessa situação, com a declaração da inconstitucionalidade da lei Beta, restaura-se a vigência da lei Alfa, como se sua revogação nunca tivesse existido, uma vez que os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade são retroativos *(ex tunc).*

Cabe ressaltar que os efeitos repristinatórios da declaração de inconstitucionalidade em ação direta operam retroativamente, afastando a revogação desde a data em que produzida. Afinal, se a lei revogadora foi declarada nula (inconstitucional desde o seu nascimento) pela decisão em ação direta, ela jamais teve a força de revogar a lei anterior, com o que deve ser mantida a vigência desta permanentemente, sem solução de continuidade. O Professor Alexandre de Moraes assim exemplifica a situação: "Se a Lei A for revogada pela Lei B, em 1.º de janeiro, sendo esta, posteriormente, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 30 de julho, não haverá solução de continuidade na vigência da Lei A, que manterá sua vigência inclusive no período compreendido entre 1.º de janeiro e 30 de julho, em virtude dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade".[67]

Por fim, cabe ressaltar que é juridicamente possível que, em ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade da norma revogadora e, também, das normas pretéritas por ela revogadas, evitando-se, assim, o efeito repristinatório tácito. Entretanto, para que haja a pronúncia da inconstitucionalidade das normas revogadas, impedindo a restauração de sua vigência, é necessário que o autor da ação direta impugne ao mesmo tempo, além da norma revogadora, todos os atos normativos, que, embora revogados, repristinariam com o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma revogadora. Em tal situação, o autor da ação direta deverá impugnar todo o complexo normativo, apresentando pedidos sucessivos de declaração de inconstitucionalidade tanto do diploma ab-rogatório quanto das normas por ele revogadas. Exemplificando: se as leis "x" e "y" foram

mesmo o de provocar a própria revogação dos diplomas normativos a ela anteriores. Lei inconstitucional, porque inválida, sequer possui eficácia derrogatória. A decisão do Supremo Tribunal Federal que declara, em sede de fiscalização abstrata, a inconstitucionalidade de determinado diploma normativo tem o condão de provocar a repristinação dos atos estatais anteriores que foram revogados pela lei proclamada inconstitucional (ADIMC 2.215/PE, rei. Min. Celso de Mello, 17.04.2001).

Observe-se que o alcance dos *efeitos repristinatórios da declaração de inconstitucionalidade* é distinto do alcance da *repristinação expressa,* disciplinada na Lei de Introdução ao Código Civil - LICC. Na repristinação expressa, prevista na LICC, a lei anterior só volta a ter vigência a partir da revogação da sua lei revogadora. Assim, se a lei A for revogada pela Lei B em 1.º de janeiro, e se esta lei B for revogada pela lei C em 30 de julho, prevendo expressamente a repristinação da lei A, haverá o retorno da vigência da lei A somente a partir de 30 de julho (data de revogação da lei revogadora), porquanto a revogação opera efeitos meramente prospectivos (ex *nunc).*

revogadas pela lei "z", ao impugnar em ação direta de inconstitucionalidade a validade desta, caso o autor da ação não deseje a repristinação tácita das leis "x" e "y", deverá também impugná-las expressamente.

12.2.16.4. Modulação dos efeitos temporais

Conforme estudado no subitem precedente, a declaração de inconstitucionalidade em ação direta é ordinariamente dotada de eficácia contra todos, força vinculante e efeitos retroativos, alcançando, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, bem como implicando a plena restauração da vigência das leis e das normas afetadas (revogadas) pela lei ou ato normativo declarado inconstitucional.

Esses efeitos decorrem da adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da tradicional tese jurídica segundo a qual o ato que desrespeita a Constituição é **nulo,** irrito desde o seu nascimento (e não simplesmente anulável) e, como tal, inapto para produzir quaisquer efeitos jurídicos válidos.[68]

Acontece, porém, que a Lei n.° 9.868/1999 trouxe relevante inovação ao controle de constitucionalidade abstrato, ao introduzir em nosso sistema de direito positivo a possibilidade de utilização da técnica da **modulação (ou da manipulação) temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade** emanada do Supremo Tribunal Federal, na forma estabelecida no seu art. 27:

> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Como se vê, esse dispositivo legal passou a permitir que o Supremo Tribunal Federal, excepcionalmente, proceda à modulação (ou manipulação) temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em ação direta, em respeito à segurança jurídica e ao interesse social.[69]

Para os que defendem a tese jurídica da **anulabilidade,** as leis e os atos normativos desconformes com a Constituição seriam meramente anuláveis, isto é, poderiam produzir legitimamente efeitos jurídicos a partir da sua produção, sendo invalidados somente a partir de determinado momento, quando houvesse a sua impugnação por quem detivesse legitimidade para tal. Mas, nesse caso, declarada a anulação da lei ou ato normativo, poderiam ser mantidos os efeitos já produzidos durante o seu período de vigência.
Embora a Lei n.° 9.868/1999 tenha estabelecido essa possibilidade apenas para o controle abstrato, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir o emprego da manipulação (ou

É de enfatizar, porém, que a regra, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, continua sendo a de que o ato editado em desconformidade com a Constituição é nulo, desprovido de efeitos jurídicos desde a sua origem. Significa dizer, a possibilidade de limitação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, introduzida pela Lei n.° 9.868/1999, constitui situação excepcional, que somente pode ser aplicada diante das situações extraordinárias nela mencionadas.

São dois os requisitos para que o Supremo Tribunal Federal possa manipular (limitar) os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em ação direta de inconstitucionalidade, a saber: decisão de dois terços dos membros do Tribunal (oito Ministros) e presença de razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Desse modo, uma vez presentes os requisitos legais - presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social e decisão de dois terços dos seus membros -, poderá o Supremo Tribunal Federal:

a) restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade;

b) conferir efeitos não retroativos *(ex nunc)* à sua decisão;

c) fixar outro momento para o início da eficácia de sua decisão.

Em relação à hipótese prevista na letra "a", acima, poderá o Supremo Tribunal Federal restringir a eficácia contra todos *(erga omnes)* de sua decisão, seja afastando a declaração de inconstitucionalidade em relação a certos atos já praticados com base na lei, seja afastando a incidência de sua decisão em relação a situações determinadas. Entendemos que o Tribunal poderia, por exemplo, preservar a validade de certo negócio administrativo celebrado pelo Poder Público sob a égide da lei (afastando, portanto, em relação a esse negócio, a incidência da pronúncia de inconstitucionalidade), cujo desfazimento pudesse gerar indesejável insegurança jurídica ao País.

Outro exemplo seria o Supremo Tribunal Federal afastar os **efeitos repristinatórios da pronúncia de inconstitucionalidade,** no tocante à legislação anterior que havia sido revogada pela lei ou ato normativo declarado inconstitucional em ação direta.

Com efeito, conforme analisado no subitem precedente, a decisão de mérito em ação direta produz efeitos repristinatórios, revigorando a vigência de eventual legislação revogada pela lei ou ato normativo declarado incons-

modulação), no tempo, dos efeitos jurídicos resultantes da declaração de inconstitucionalidade também no controle incidental de constitucionalidade (RE 197.917, rei. Min. Maurício Corrêa, 25.03.2004).

titucional. Se a lei Alfa for revogada pela lei Beta, a posterior declaração da inconstitucionalidade desta em ação direta implica a restauração automática da vigência daquela, sem solução de continuidade.

Nessa situação, desde que presentes os requisitos exigidos na Lei n.° 9.868/1999 - razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social e decisão de dois terços dos seus membros -, poderá o Supremo Tribunal Federal afastar a restauração da vigência da legislação antiga, que havia sido revogada pela lei ou ato normativo declarado inconstitucional em ação direta de inconstitucionalidade. Enfim, poderá o Supremo Tribunal Federal afastar o chamado *efeito repristinatório indesejado* da legislação anterior, desde que o faça expressamente.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o afastamento do efeito repristinatório indesejado depende de pedido específico do autor.[70] Vale dizer, para que o STF proclame a inconstitucionalidade da lei e afaste o efeito repristinatório em relação à legislação anterior por ela revogada, é necessário que o autor da ação direta apresente pedidos sucessivos de inconstitucionalidade, tanto da lei impugnada, quanto da legislação por ela revogada. No exemplo anteriormente citado, para que o Tribunal afaste a restauração da vigência da lei Alfa (afastamento do efeito repristinatório indesejado), é necessário que o autor da ação direta pleiteie expressamente não só a declaração da inconstitucionalidade da lei Beta, mas, também, da lei Alfa.

Quanto ao disposto na letra "b", acima, poderá o STF decidir que a declaração de inconstitucionalidade só produzirá efeitos prospectivos, a partir do trânsito em julgado de sua decisão, resguardando a validade de todos os atos já praticados com base na lei (entre o início de sua vigência e a declaração de sua inconstitucionalidade).

Na hipótese da letra "c", poderá o STF fixar um outro momento para que a declaração de inconstitucionalidade em ação direta comece a produzir efeitos. A lei não restringiu, não estabeleceu limites à fixação desse "outro momento" pelo Supremo Tribunal Federal. Por isso, entendemos que o momento estabelecido para o início da produção de efeitos da decisão pode ser qualquer um, antes ou depois da data da declaração da inconstitucionalidade.[71] Assim, se o Tribunal declarar em 2007 a inconstitucionalidade de uma lei publicada em 2002, poderá fixar esse "outro momento" para o início da eficácia de sua decisão entre a data de publicação da lei e a declaração de

[70] ADI 2.215, rei. Min. Celso de Mello, DJU 26.04.2001.

[71] No RE 197.917, rei. Min. Maurício Corrêa, 25.03.2004, em que se discutia a composição máxima das Câmaras Municipais, o STF deixou assente que é possível diferir para momento futuro o início da eficácia de sua decisão que proclama a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

sua inconstitucionalidade (2002-2007) ou em data posterior à declaração da inconstitucionalidade (em 2008, por exemplo).[72]

Em conclusão, podemos afirmar que, embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal continue firme no sentido de que os atos editados em desconformidade com a Constituição são nulos (e não meramente anuláveis), há no Tribunal uma clara tendência de abrandamento dessa tese, seja no controle abstrato, seja no controle concreto, para que se possa reconhecer, em situações excepcionais, a inconstitucionalidade com efeitos meramente prospectivos (ou a partir de outro momento fixado pelo Tribunal), visando à preservação de certos atos praticados com base na lei, em respeito à segurança jurídica, ao interesse social e aos terceiros de boa-fé.

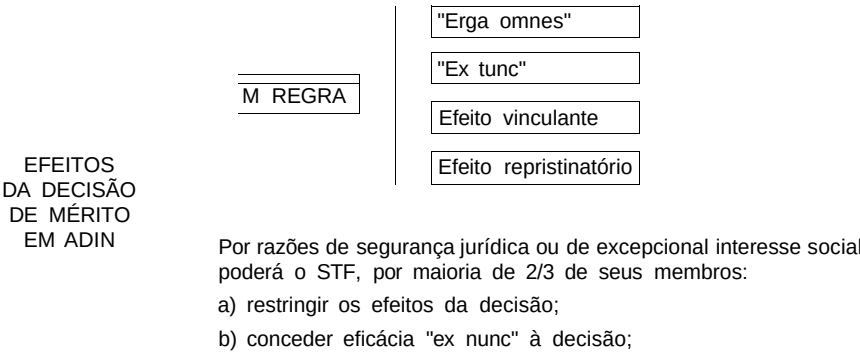
É oportuno lembrar que, embora a possibilidade de modulação temporal somente esteja prevista em nosso direito legislado para as decisões proferidas no controle abstrato de normas, o Supremo Tribunal Federal admite, excepcionalmente, a declaração de inconstitucionalidade *pro futuro* no controle concreto, como ocorreu no julgamento do RE n.° 197.917, rei. Min. Maurício Corrêa, 25.03.2004. A Corte Maior, nesses casos, exige, também, que a medida seja aprovada por voto de dois terços de seus membros, e que estejam presentes os pressupostos fixados na Lei n.° 9.868/1999 - razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Diferentemente, **o Supremo Tribunal Federal entende não ser cabível a modulação temporal dos efeitos da decisão proferida no exame do direito pré-constitucional em face da Constituição vigente.** Nesses casos, de fiscalização do direito pré-constitucional, é firme no Pretório Excelso a orientação de que não se trata de juízo de constitucionalidade, mas, sim, de recepção ou não-recepção (isto é, revogação) da norma pré-constitucional pela Constituição atual. Por outras palavras, não se afere a constitucionalidade do direito pré-constitucional ante a Constituição vigente, porque a matéria é considerada pertinente ao campo do direito intertemporal: quando a lei anterior à Constituição é materialmente compatível com ela, é recepcionada; quando há conflito entre o conteúdo da lei anterior à Constituição e o seu texto, a Carta Política não a recepciona, isto é, revoga a lei pré-constitucional.

Se uma questão acerca da recepção, ou não, de direito pré-constitucional chegar ao Supremo Tribunal Federal, a decisão proferida, caso a Corte entenda que a lei é materialmente incompatível com a Constituição a ela superveniente,

[72] Registramos, todavia, que há autores de renome, como Alexandre de Moraes, que defendem que esse momento deve ser, necessariamente, fixado entre a data de início de vigência da lei e a publicação oficial da decisão que declarou sua inconstitucionalidade, por não aceitarem que a lei possa continuar produzindo efeitos depois de ter sido declarada inconstitucional (para o autor citado, depois de publicada a decisão a lei não mais poderia permanecer produzindo efeitos, por não mais pertencer ao ordenamento jurídico).

declarará, simplesmente, que a lei foi revogada pela Constituição de 1988. Essa decisão não comporta modulação de seus efeitos temporais.[73]


M REGRA
"Erga omnes"
"Ex tunc"
Efeito vinculante
Efeito repristinatório
EFEITOS DA DECISÃO DE MÉRITO EM ADIN
Por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, por maioria de 2/3 de seus membros:
a) restringir os efeitos da decisão;
b) conceder eficácia "ex nunc" à decisão;
c) fixar outro momento para o início da eficácia de sua decisão.

12.2.16.5. Definitividade da decisão de mérito

A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória. Esses, os embargos de declaração, constituem recurso que pode ser interposto pelo requerente ou pelo requerido visando a suprir eventual omissão, obscuridade ou contradição contida no acórdão.

Assim, uma vez decidido o mérito da ação direta, abre-se prazo para a interposição dos embargos declaratórios. Uma vez interpostos, sejam eles julgados procedentes ou não (ou expirado o prazo sem a sua interposição), a decisão do Supremo Tribunal Federal transita em julgado, não cabendo contra ela nenhum outro recurso, nem mesmo ação rescisória.

12.2.16.6. Limites da eficácia retroativa

Afirmar que a decisão proferida em ação direta é dotada de efeitos retroativos *(ex tunc)* é dizer que a força da decisão, no plano normativo,

"Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339) -, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade." (RE AgR 395.902/RJ, rei. Min. Celso de Mello, 07.03.2006.)

alcança toda a existência da lei, retirando-a do ordenamento jurídico desde o seu nascimento.

Entretanto, não se pode afirmar que a decisão em ação direta tenha a força de, por si só, desfazer todos os atos concretos consolidados no período de vigência da lei que veio a ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Na realidade, os atos já praticados com base na lei declarada inconstitucional não serão automaticamente desfeitos pela decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade. A decisão em ação direta apenas criará condições para que a parte interessada pleiteie, na via judicial adequada, o desfazimento desses atos, se o direito ainda não houver sido alcançado pela prescrição.

A fundamentação para esse entendimento é que a decisão em ação direta opera efeitos somente no plano normativo, em abstrato, sem atingir diretamente os atos concretos já praticados sob a égide da lei ou ato normativo. Como já analisado, o controle abstrato não se presta à satisfação de demandas concretas, mas sim à salvaguarda da harmonia do ordenamento jurídico como um todo, em respeito à supremacia da Constituição.

Assim, a decisão proferida em ação direta opera apenas no plano abstrato-normativo, sem atingir diretamente os atos concretos já praticados com base na lei ou ato normativo. A decisão, insista-se, apenas torna possível que os atos já praticados sejam desfeitos, por meio das ações cabíveis, no âmbito do controle incidental, se ainda houver tempo hábil para isso.

Exemplificando, suponha-se que durante a vigência da lei tenha se consolidado, de acordo com seus termos, determinado contrato privado. Posteriormente, a lei que regia aquele contrato é declarada inconstitucional em ação direta de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Nessa situação, a decisão em ação direta, por si só, não desfaz o contrato firmado com fundamento da lei agora declarada inconstitucional. Porém, como a decisão da Corte Suprema é dotada de eficácia *ex tunc*, a parte prejudicada poderá pleitear, na via judicial adequada, a anulação do contrato, com base na pronúncia de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado à coisa julgada.

Suponha que, no ano de 2002, tenha transitado em julgado uma decisão judicial reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade da Lei "X". Posteriormente, no ano de 2006, o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade da Lei "X" em ação direta de inconstitucionalidade.

Nessa situação, a decisão proferida na ação direta não atingirá, automaticamente, a coisa julgada (o reconhecimento da constitucionalidade da norma no controle concreto). A decisão do STF apenas criará condições para que a parte prejudicada intente, na via adequada, o desfazimento dessa coisa julgada.

No Brasil, a via adequada para o desfazimento da coisa julgada é a ação rescisória. Aliás, trata-se da única via idônea para o ataque de uma decisão judicial transitada em julgado, desde que sejam atendidos os estritos requisitos fixados pelo Código de Processo Civil. Poderia, então, em tese, ser ajuizada uma ação rescisória com o fim de desfazer aquela coisa julgada (contrária à decisão em ação direta).

Acontece, porém, que a ação rescisória só pode ser ajuizada no exíguo prazo de dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir. Ora, na situação hipotética apresentada, a decisão em ação direta ocorreu quatro anos após o trânsito em julgado (2002-2006). Logo, essa coisa julgada não poderá, em nenhuma hipótese, ser desfeita, isto é, a decisão proferida em sede de ação direta não afetará, de forma nenhuma, aquela decisão transitada em julgado, que permanecerá regendo as relações do caso concreto em que foi proferida.

12.2.16.7. Transcendência dos motivos determinantes

Questão objeto de relevante debate diz respeito aos limites objetivos do efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade abstrato.

A controvérsia reside na determinação da parte da decisão do Supremo Tribunal Federal que tem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Alguns defendem que o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão (à declaração da inconstitucionalidade em si), enquanto outros entendem que ele se estende também aos chamados fundamentos determinantes (aos fundamentos que embasaram a decisão). Para estes últimos, o efeito vinculante transcenderia o caso singular, objeto da ação, e alcançaria outras situações análogas, apreciadas em momento futuro.

O Supremo Tribunal Federal reconhece o fenômeno da "transcendência dos motivos que embasaram a decisão" da Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, de modo a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, aos fundamentos determinantes *(ratio decidendi),* projetando-se, em conseqüência, para além da parte dispositiva do julgamento.[74]

Conforme explica o Ministro Gilmar Mendes, isso significa dizer que a eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no controle abstrato, transcende o caso singular, de modo que os princípios derivados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da

[74] Rcl 1.987/DF, rei. Min. Maurício Corrêa, 01.10.2003.

Constituição devem ser observados pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.[75]

Na prática, podemos afirmar que o efeito vinculante quanto aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, das decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas na fiscalização abstrata, alcança não somente a parte dispositiva da decisão, mas também os chamados motivos determinantes, os elementos que embasaram a decisão, os quais deverão ser respeitados no futuro, em casos análogos ou equivalentes.

Assim, se o Supremo Tribunal Federal declarou, em ação direta, a inconstitucionalidade de regra do regimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelo fundamento de que houve invasão da competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual (CF, art. 22, I), regras iguais ou similares constantes dos regimentos de outros tribunais do País serão afetadas por essa decisão da Corte. Ou seja, a decisão do STF transcende o caso singular (controvérsia sobre a validade da regra regimental especificamente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo), de modo que não só a parte dispositiva (declaração da inconstitucionalidade da regra específica do regimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo), mas também os fundamentos determinantes da decisão (normas com aquele conteúdo representam ofensa à competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual) deverão ser observados pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal em casos futuros.

Nessas circunstâncias, se amanhã ocorrer a aplicação de regra regimental análoga, por juízo ou órgão administrativo de outro estado-membro, a parte interessada poderá intentar **reclamação,** diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, a fim de preservar a autoridade da Corte, que determinará a anulação da decisão administrativa ou a cassação da decisão judicial reclamada.

Da mesma forma, se o Supremo Tribunal Federal declara inconstitucional em ação direta regra da Constituição do Estado de São Paulo que outorga ao Governador a imunidade temporária quanto à prática de atos estranhos ao exercício do mandato, firmando entendimento de que esta prerrogativa é exclusiva do Presidente da República (CF, art. 86, § 4.°), todas as Constituições estaduais que houverem outorgado essa mesma imunidade aos respectivos governadores serão afetadas por esta decisão da Corte Maior. Vale dizer, com a declaração da inconstitucionalidade da regra prevista na Constituição do

[75] Rcl 2.126, rei. Min. Gilmar Mendes, DJ 19.08.2002.

Estado de São Paulo, todas as demais Constituições estaduais que albergarem regra de igual teor estarão maculadas pela mesma inconstitucionalidade.

Vejamos um outro exemplo.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento em ação direta de inconstitucionalidade de que - por força do art. 100, § 2.°, da CF/88 - somente na situação de preterição do direito de precedência, e em nenhuma outra, é lícito o seqüestro de verbas públicas para o pagamento de precatórios.[76] Nesse julgado, foi declarada a inconstitucionalidade da Instrução Normativa n.° 11/97, do órgão especial do Tribunal Superior do Trabalho, que autorizava o seqüestro também na hipótese de não inclusão no orçamento das verbas relativas aos precatórios apresentados até 1.º de julho de cada ano e nos casos de pagamento a menor, sem a devida atualização ou fora do prazo.

Pois bem, firmada essa orientação pelo Supremo Tribunal Federal - de que só é lícito o seqüestro de verbas públicas para o pagamento de precatórios no caso de preterição do direito de precedência do credor, sendo inadmissíveis outras hipóteses de seqüestro para o mesmo fim -, qualquer ato, administrativo ou judicial, praticado por qualquer autoridade do País, que determine o seqüestro de verbas públicas em desacordo com essa única hipótese admitida revela-se contrário ao julgado e desrespeita a autoridade da decisão tomada na referida ação direta, sendo passível, pois, de ser impugnado pela via da reclamação.

Foi o que aconteceu no ano de 2003, quando o Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10.ª Região deferiu ordem de seqüestro de verba pública para o pagamento de precatório em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar (hipótese distinta da preterição do direito de precedência do credor). Contra essa decisão foi ajuizada reclamação pelo Governador do Distrito Federal perante o Supremo Tribunal Federal, com a alegação de desrespeito à decisão do Tribunal proferida na citada ADI n.° 1.662/SP. A reclamação foi julgada procedente, deixando assente o Tribunal que justificaria, na hipótese, "a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional."

Uma última situação analisada pelo Supremo Tribunal nos auxilia na compreensão da problemática da transcendência dos motivos determinantes das decisões prolatadas pelo STF no controle abstrato. Trata-se da situação enfrentada pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da Reclamação n.°

[76] ADI 1.662/SP, rei. Min. Maurício Corrêa, 30.08.2001.

2.986, na qual se alegava o desrespeito à decisão do Tribunal proferida na ADI n.° 2.868/PI, resumidamente explicitada nos parágrafos seguintes.

A Constituição Federal estabelece que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente segundo o procedimento de expedição de precatórios (CF, art. 100).

Porém, determina o texto constitucional que o procedimento de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Pública federal, estadual, distrital ou municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado (CF, art. 100, § 3.°).

Mais adiante, prevê a Constituição que a lei poderá fixar valores distintos para a definição de "obrigação de pequeno valor", segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público (CF, art. 100, § 5.°).

Completando esse regramento constitucional, determina o art. 87 do ADCT que, até que ocorra a publicação, pelos entes da Federação, das respectivas leis definidoras, serão considerados de pequeno valor os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário que tenham valor igual ou inferior a quarenta salários-mínimos, para a Fazenda dos estados e do Distrito Federal, e trinta salários-mínimos, para a Fazenda dos municípios.

Pois bem, no julgamento da ADI n.° 2.868/PI (Rei. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa), o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o estado-membro, ao definir no seu âmbito "obrigação de pequeno valor", poderá fixar valor referencial inferior àquele constante do art. 87 do ADCT (quarenta salários-mínimos). Nessa ação direta, o caso singular discutido foi o estabelecimento de valor inferior ao do ADCT pelo Estado do Piauí (PI), o que foi considerado válido pelo STF.

Em ocasião posterior, o Estado de Sergipe (SE) também fixou valor inferior àquele estabelecido pelo art. 87 do ADCT para a chamada "obrigação de pequeno valor", dispensada do regime dos precatórios.

Ao julgar um caso concreto submetido à sua apreciação, o Juízo da 5.ª Vara do Trabalho de Aracaju (SE) afastou a aplicação do valor da "obrigação de pequeno valor" estabelecido pelo Estado de Sergipe, considerando que este não poderia ser fixado em patamar inferior ao constante do ADCT. Com isso, desrespeitou a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento da citada ADI n.° 2.868/PI, que reconhecera como constitucionalmente válida, para efeito de definição de pequeno valor e da conseqüente dispensa de expedição de precatório, a fixação, pelos estados-membros, de valor referencial inferior ao do art. 87 do ADCT.

Contra o ato do Juízo da 5.ª Vara do Trabalho de Aracaju foi proposta reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, com a alegação de ofensa aos motivos determinantes da decisão proferida pela Corte Constitucional na ADI n.° 2.868/PI (Rcl n.° 2986, rei. Min. Celso de Mello).

A reclamação foi julgada procedente, deixando assente o Ministro Celso de Mello que o magistrado da Justiça do Trabalho havia transgredido o efeito transcendente dos fundamentos determinantes da decisão proferida na ADI n.° 2.868/PI, ainda que esta tenha sido proferida em face de legislação estranha ao Estado de Sergipe.

Importante ressaltar, entretanto, que a adoção da teoria da "transcendência dos fundamentos determinantes" nas decisões proferidas, no controle abstrato, pelo Supremo Tribunal Federal não se encontra pacificada no âmbito dessa Corte. Com efeito, essa teoria foi inicialmente perfilhada pelo Tribunal no julgamento da Rcl 1.987/DF, rei. Min. Maurício Corrêa, em 01.10.2003. Posteriormente, tal orientação foi corroborada, na Rcl 2.986, rei. Min. Celso de Mello, em 11.03.2005. Entretanto, a partir da Rcl 4.219 QO/SP, rei. Min. Joaquim Barbosa, em 07.03.2007, a questão voltou a ser debatida no STF, com quatro ministros tendo se posicionado em sentido contrário à adoção da "transcendência dos motivos determinantes". Em face dessa realidade - a utilização da "transcendência dos fundamentos determinantes" estar em debate no Tribunal Maior -, a aplicação da teoria tem sido negada em julgados recentes (Rcl 3.014/SP, rei. Min. Carlos Britto, 08.08.2007).

12.2.16.8. Inconstitucionalidade "por arrastamento"

Merecem nota, a respeito da decisão pela invalidade de uma lei ou ato normativo, as situações em que a declaração da inconstitucionalidade de um dispositivo da lei é estendida a outro dispositivo (ou outros), em razão da existência de uma correlação, conexão ou dependência entre eles. Configura-se, em tal hipótese, a denominada inconstitucionalidade "por arrastamento" ou "por atração".

Trata-se de uma exceção à regra segundo a qual o STF somente aprecia a validade dos dispositivos legais indicados no pedido formulado pelo autor da ação. Com efeito, quando ocorre a situação supracitada, a Corte reconhece a invalidade do dispositivo "x", que efetivamente foi impugnado (estava designado no pedido, na petição inicial), e, "por arrastamento", declara a inconstitucionalidade dos dispositivos "y" e "z", cuja legitimidade não tinha sido questionada pelo autor da ação.

Dessarte, a inconstitucionalidade por arrastamento ocorre quando as normas legais mantêm, entre si, vínculo de dependência jurídica, formando uma

incindível unidade estrutural, de sorte que não é possível ao Poder Judiciário proclamar a inconstitucionalidade de apenas algumas das disposições, mantendo as outras no ordenamento jurídico, porque as normas remanescentes perderiam o sentido, ou passariam a ter significado inteiramente diverso daquele que possuíam quando integradas às excluídas.

Podem ocorrer, ainda, situações em que diferentes dispositivos legais tenham, em essência, conteúdo análogo. Ora, se diversos dispositivos têm conteúdo análogo, e se for impugnada a validade de apenas um deles, certamente a declaração da inconstitucionalidade deste conduzirá, por arrastamento, à invalidade dos demais.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal admite a declaração da inconstitucionalidade "por arrastamento" ou "por atração" de outras disposições que o autor não tenha expressamente requerido na inicial, em razão da conexão ou interdependência com os dispositivos legais especificamente impugnados. É que nesses casos, reconhece o Tribunal, não há necessidade de impugnação específica pelo autor, dispositivo por dispositivo, uma vez que o eventual reconhecimento do vício relativamente a certos dispositivos conduzirá, por arrastamento, à impossibilidade do aproveitamento dos demais (ADI 2.653/MT, rei. Min. Carlos Velloso; ADI 397/SP, rei. Min. Eros Grau; ADI (MC) 2.648-CE, rei. Min. Maurício Corrêa; ADI (MC) 2.608-DF, rei. Min. Celso de Mello).

Imagine-se, por exemplo, que uma Lei "Z" contivesse as seguintes disposições:

> Art. 1.° Será concedida ao servidor público que for lotado em zona de fronteira contagem em dobro do tempo de contribuição, para efeitos previdenciários.
>
> Art. 2.° Para fazer jus à contagem em dobro do tempo de contribuição de que trata o art. 1.°, o servidor deverá comprovar que efetivamente reside, há pelo menos um ano, em município integrante de lista a ser estabelecida em regulamento editado pelo Poder Executivo.

Caso fosse proposta uma ADI impugnando somente o art. 1.° da Lei "Z", por afronta ao art. 40, § 10, da Constituição,[77] o reconhecimento da ilegitimidade desse dispositivo pelo STF ensejaria a declaração da inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 2.°, uma vez que ele não tem possibilidade de existir de forma autônoma, além de estar disciplinando

[77] CF, art. 40, § 10 - "A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício."

justamente o benefício que, nessa ADI, o Tribunal Maior está considerando inconstitucional.

12.2.16.9. Momento da produção de efeitos

A declaração da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade começa a produzir efeitos a partir da publicação, no Diário da Justiça da União, da ata do julgamento do pedido, ressalvadas situações excepcionais expressamente reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal.[78]

Como se vê, a decisão do Supremo Tribunal Federal começa a produzir efeitos a partir da publicação, no Diário da Justiça da União, da ata do julgamento, ainda que a decisão não tenha transitado em julgado. Porém, em situações excepcionais, o STF tem a possibilidade de fixar outro momento para o início da produção de efeitos, desde que o faça expressamente.

Encerrado o julgamento que tenha proclamado a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, com a publicação da ata do julgamento no Diário da Justiça da União a decisão começa a produzir efeitos, ainda que tenham sido interpostos embargos declaratórios (isto é, a produção de efeitos não depende do trânsito em julgado da decisão).

12.3. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

12.3.1. Introdução

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão - ADI por omissão, novidade introduzida no direito brasileiro pela Constituição de 1988, é modalidade abstrata de controle de omissão por parte de órgão encarregado de elaboração normativa, destinando-se a tornar efetiva disposição constitucional que dependa de complementação (norma constitucional não auto-aplicável).

Com isso, a partir de 1988, passou a reconhecer o texto constitucional que o desrespeito à Constituição pode advir não só de uma ação, de um ato positivo, quando os órgãos constituídos atuam em desconformidade com as normas e princípios daquela, mas também da omissão ou do silêncio, quando os órgãos permanecem inertes, não cumprindo seu dever de elaborar as leis ou os atos administrativos normativos indispensáveis à eficácia e aplicabilidade da Lei Maior.

[78] Rcl MC 3.309/ES, rei. Min. Celso de Mello, 01.07.2005.

Segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se restringe à omissão legislativa, alcançando, também, a omissão de órgãos administrativos que devam editar atos administrativos em geral, necessários à concretização de disposições constitucionais. Dessarte, a inconstitucionalidade por omissão verifica-se naqueles casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos normativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais, já que muitas destas requerem uma lei ou uma providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática. Nessas hipóteses, se tais direitos não se realizarem, por omissão do legislador ou do administrador em produzir a regulamentação necessária à plena aplicação da norma constitucional, tal omissão poderá caracterizar-se como inconstitucional.

De fato, nem sempre o órgão constitucionalmente designado como competente para agir e efetivar disposições da Constituição cumpre com o seu poder-dever, surgindo, então, o que se denomina de inércia ou omissão inconstitucional, forma negativa de violação da Carta, a ser combatida via ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Estudamos precedentemente a ação direta de inconstitucionalidade genérica - ADI, examinando todos os aspectos relevantes referentes ao seu processo e julgamento, tendo em vista as disposições constitucionais e legais e as orientações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal. Como a ADI por omissão é também uma ação direta, com a peculiaridade de que visa à reparação de uma omissão inconstitucional (e não uma ação positiva, como a ADI genérica), temos que as características e o procedimento antes estudados em relação à ADI genérica são também aplicáveis à ADI por omissão, ressalvadas algumas pequenas dessemelhanças, ligadas ao seu objeto.

Desse modo, a fim de evitarmos mera repetição, não apresentaremos neste tópico todas as características e fases do processo e julgamento da ADI por omissão, como fizemos em relação à ADI genérica. Partiremos do pressuposto de que tudo o que estudamos em relação à ADI genérica é aplicável à ADI por omissão, ressalvados os aspectos expostos a seguir. Afinal, como já afirmamos, a ADI por omissão é também ação direta de inconstitucionalidade. Ou, melhor dizendo, temos uma só ação direta de inconstitucionalidade, que ora é proposta visando à reparação de uma conduta comissiva, situação em que assume a natureza jurídica de ADI genérica, ora é proposta visando à reparação de uma omissão inconstitucional, quando então é denominada ADI por omissão.

Nos próximos itens, portanto, examinaremos somente as peculiaridades da ADI por omissão, que a distinguem da ação direta de inconstitucionalidade genérica. Quanto aos demais aspectos, insista-se, valem para a ADI

por omissão todas as características, processo e julgamento referentes à ADI genérica, já estudados de forma pormenorizada nesta obra.

12.3.2. Legitimação ativa

Podem propor ação direta de inconstitucionalidade por omissão os mesmos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade genérica, arrolados no art. 103, incisos I a IX, da Constituição Federal.

Entretanto, embora a Constituição Federal não o tenha estabelecido textualmente, entendemos que a legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão deve ser examinada, em cada caso concreto, levando-se em conta o ato omissivo questionado. Assim, o legitimado pelo art. 103 da Constituição não poderá propor uma ação direta por omissão se ele é a autoridade competente para iniciar o processo legislativo questionado nessa ação. Não poderá, por exemplo, o Presidente da República propor ação direta de inconstitucionalidade por omissão questionando a mora quanto à apresentação de projeto de lei sobre matéria de sua iniciativa privativa (CF, art. 61, § 1º), pois, nesse caso, sua própria inércia - não apresentar o respectivo projeto de lei ao Poder Legislativo - é que afronta a Constituição.

12.3.3. Legitimação passiva

Os requeridos na ação direta de inconstitucionalidade por omissão são os órgãos ou autoridades omissos, que deixaram de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, abstendo-se, com isso, de cumprir o dever de prestação que lhes foi constitucionalmente imposto.

Desse modo, será apontado pelo autor da ADI por omissão o órgão ou autoridade que não cumpriu o dever que lhe foi imposto pela Constituição, de editar a norma faltante para a concretização do direito constitucional. Assim, se a omissão diz respeito ao dever de expedir uma lei federal, será apontado como requerido o órgão que permanece omisso quanto a esse dever, qual seja, o Congresso Nacional, órgão legislativo da União. Se a omissão refere-se ao dever de expedir uma lei estadual, será apontado como órgão omisso a Assembléia Legislativa, órgão legislativo do estado-membro.

Entretanto, há que se observar, caso a caso, o poder de **iniciativa de lei,** haja vista que, se os membros do Poder Legislativo não dispõem de iniciativa sobre a respectiva matéria, não poderão eles ser acoimados de omissos. Assim, se a iniciativa de lei sobre a matéria é privativa do Presidente da República e ele não apresenta o respectivo projeto de lei ao Poder

Legislativo, este não poderá ser apontado como órgão omisso na ADI por omissão. Nesse caso, o requerido deverá ser o Presidente da República (que permanece omisso quanto ao seu poder-dever de iniciativa sobre a matéria), e não o Congresso Nacional.

Essa questão assume relevância, especialmente, diante da ausência de regulamentação dos direitos constitucionais relativos aos servidores públicos civis, tais como o direito de greve (art. 37, VII), a revisão geral anual da remuneração (art. 37, X) e a concretização de outras vantagens a eles asseguradas pela Constituição. Como as leis que dispõem sobre regime jurídico, remuneração e concessão de vantagens aos servidores públicos federais são de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo, o órgão omisso em tais casos, que deverá ser apontado como requerido em ADI por omissão, é o Presidente da República, e não o Congresso Nacional. Afinal, em relação a essas matérias, se o Presidente da República não apresentar o projeto de lei ao Legislativo, este nada poderá fazer a respeito, sob pena de inconstitucionalidade formal, decorrente de vício de iniciativa (se um deputado ou senador apresentar o respectivo projeto de lei, haverá inconstitucionalidade formal, decorrente do vício de iniciativa).

12.3.4. Objeto

A ADI por omissão tem como objeto a chamada omissão inconstitucional, que ocorre quando uma norma constitucional deixa de ser efetivamente aplicada pela falta de atuação normativa dos órgãos dos poderes constituídos. Vale dizer, quando a Lei Maior deixa de ser observada, ficando impedida sua plena aplicação, por causa da omissão ou inação do poder constituído competente.

Observa-se, assim, que as hipóteses de ajuizamento desta ação não decorrem de toda e qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas sim daquelas omissões relacionadas com as normas constitucionais de eficácia limitada de caráter mandatório, em que a sua plena aplicabilidade está condicionada à ulterior edição dos atos requeridos pela Constituição.

Significa que, de acordo com a tradicional classificação das normas constitucionais quanto ao grau de eficácia e aplicabilidade elaborada pelo Prof. José Afonso da Silva, só dará ensejo à propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão a falta de norma regulamentadora:

a) de normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípios programáticos (normas programáticas propriamente ditas); ou

b) de normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípios institutivos ou organizativos de natureza impositiva.

As normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípios institutivos ou organizativos de natureza facultativa, por outorgarem uma simples faculdade ao legislador, **não** autorizam a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A inconstitucionalidade por omissão refere-se à omissão em tese, sem estar relacionada com um caso concreto; o que se tem em mira é o restabelecimento da integridade do sistema jurídico, do respeito à Constituição, que está sendo violada pela ausência de atuação dos poderes constituídos competentes diante de uma imposição constitucional de legislar.

Ao examinarmos a ação direta genérica (de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo) de competência do Supremo Tribunal Federal, vimos que ela só admite como seu objeto normas federais e estaduais, ou ainda normas do Distrito Federal expedidas no exercício de suas competências estaduais. Significa dizer, as leis e os atos normativos municipais (e do Distrito Federal, no desempenho de atribuição municipal) não se sujeitam ao controle via ação direta de inconstitucionalidade genérica perante o Supremo Tribunal Federal.

De igual forma, na ADI por omissão só poderão ser impugnadas omissões normativas federais e estaduais, bem como as omissões do Distrito Federal concernentes a suas competências estaduais. As omissões de órgãos municipais (e do Distrito Federal, relativas a suas atribuições municipais) não se sujeitam a impugnação em ADI por omissão perante o Supremo Tribunal Federal.

Por fim, registramos que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a revogação, antes da decisão da ADI por omissão, da norma constitucional que necessitaria ser regulamentada para tornar-se efetiva acarreta a extinção do processo por falta de objeto.[79] Dessa forma, se houver a revogação, por meio da promulgação de emenda à Constituição, da norma constitucional que necessitava de regulamentação para a sua efetividade, a ADI por omissão restará prejudicada, por perda de objeto.

12.3.5. Não-atuação do Advogado-Geral da União

O Supremo Tribunal Federal afastou a obrigatoriedade de citação do Advogado-Geral da União - AGU no processo de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que, nessa ação, não há norma legal impugnada, a ser defendida.

Com efeito, como a função constitucional do Advogado-Geral da União no controle abstrato é a defesa da norma impugnada, não faria sentido sua

[79] ADI QO 1.836/SP, rei. Min. Moreira Alves, em 18.06.1998.

atuação em ADI por omissão, porquanto, nessa hipótese, não há norma atacada, a ser defendida (essa ação é proposta, precisamente, em razão da ausência de norma).

A manifestação do Procurador-Geral da República, no entanto, é obrigatória, haja vista que cabe a ele atuar em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, por força do art. 103, § 1.°, da Carta Política.

72.3.6. *Inexistência de medida cautelar*

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **não** cabe a concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Para o Tribunal, não se revela compatível a concessão de medida liminar em ADI por omissão, haja vista que, nessa ação, em respeito ao postulado da separação dos poderes, nem mesmo a decisão de mérito poderá implicar o afastamento da omissão por atuação direta do Poder Judiciário. Assim, se nem mesmo na decisão final o Supremo Tribunal Federal poderá suprir a omissão legislativa, muito menos poderia conferir efetividade à sua decisão em caráter liminar.

12.3.7. Efeitos da decisão de mérito

As decisões proferidas no processo de ação direta por omissão declaram a mora do órgão legislativo em cumprir dever constitucional de legislar, ou, se se tratar de órgão administrativo, em adotar o ato normativo requerido para tornar efetiva determinada disposição constitucional, instando o respectivo órgão a adimplir a tarefa que a Carta Política lhe prescreveu.

Em verdade, a Constituição vigente foi tímida ao estabelecer as conseqüências da pronúncia de inconstitucionalidade por omissão, dispondo apenas que "declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias" (art. 103, § 2.°).

O texto constitucional não deixa dúvidas de que o Poder Judiciário deve limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que os órgãos competentes, legislativos ou administrativos, empreendam as providências normativas requeridas para a superação da inadimplência. Confere-se, assim, à decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade por omissão caráter mandamental, isto é, a ação destina-se à obtenção de uma ordem judicial dirigida a um outro órgão do Estado.

É sobremaneira relevante destacar que essa natureza mandamental é percebida com maior intensidade em relação a órgão administrativo, para o qual deverá ser fixado o prazo de trinta dias para a edição dos atos normativos necessários ao afastamento da omissão.

Assim, se a omissão for de um dos Poderes do Estado não há que se falar em fixação de prazo para a edição da norma faltante. Porém, se a omissão for de um órgão administrativo (subordinado, sem função política, meramente executor de leis ou políticas públicas), será fixado um prazo de trinta dias para sua atuação visando a suprir a omissão inconstitucional.[80]

12.3.8. ADI por omissão versus *mandado de injunção*

É patente a semelhança entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Ambos têm por finalidade tornar efetiva norma constitucional que estaria sendo violada devido à inércia dos poderes constituídos. As decisões proferidas nos dois processos têm caráter mandamental, de conseqüências jurídicas semelhantes, uma vez que ambas as ações destinam-se a obter uma ordem judicial dirigida a um outro órgão do Estado. Os provimentos judiciais nas duas ações reconhecem igual situação: a omissão inconstitucional do órgão, legislativo ou administrativo, em cumprir dever de editar norma reclamada pela Constituição.

Todavia, em que pese o fato de o constituinte ter conferido aos dois institutos significado processual equivalente, há notórias dessemelhanças entre tais ações, apresentadas nos parágrafos seguintes.

Em que pese o fato de a Constituição Federal estabelecer essa distinção no tocante ao alcance da decisão proferida em ADI por omissão, o fato é que o Supremo Tribunal Federal, em um caso, estabeleceu prazo, por ele considerado razoável, para que a norma regulamentadora faltante fosse editada, mesmo tendo sido hipótese de omissão de "Poder". Foi o que ocorreu no julgamento da ADI por omissão 3.682/MT, rei. Min. Gilmar Mendes, 09.05.2007, em que se discutia a ausência de publicação da lei complementar federal requerida pelo § 4.° do art. 18 da Constituição

Federal, para fixar o período para a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios. Nessa ação, o Tribunal reafirmou que a decisão que constata a existência de omissão constitucional e determina ao legislador que empreenda as medidas necessárias à colmatação da lacuna inconstitucional constitui sentença de caráter nitidamente mandamental, que impõe, ao legislador em mora, o dever, dentro de um prazo razoável, de proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade e, em razão disso, fixou um parâmetro temporal razoável - 18 meses - para que o Congresso Nacional edite a lei complementar federal reclamada. Enfatizou o Ministro Gilmar Mendes que "não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses, também proposto por mim, para que as leis estaduais que criam ou alteram limites territoriais e municípios, continuem em vigor, até que a lei complementar federal seja promulgada, contemplando as realidades desses municípios".

O mandado de injunção destina-se à proteção de direito subjetivo do autor, cujo exercício está obstado em razão da falta de norma regulamentadora, havendo, portanto, um interesse jurídico específico manifestado diante de um caso concreto (em que o indivíduo busca exercitar esse interesse). Ao contrário, a ADI por omissão configura controle abstrato de constitucionalidade e, sendo processo objetivo, é instaurada sem relação a um caso concreto de interesse do autor da ação.

A legitimação para a propositura do mandado de injunção é conferida ao titular do direito subjetivo que não pode ser exercido por falta da norma regulamentadora. Na ADI por omissão, o direito de propositura está limitado às pessoas e órgãos especificamente designados no art. 103, incisos I a IX, da Constituição Federal.

O julgamento da ADI por omissão em face da Constituição Federal é da competência privativa do Supremo Tribunal Federal, ao passo que a competência para a apreciação dos mandados de injunção também foi outorgada a outros órgãos do Poder Judiciário.[81]

12.4. Ação declaratória de constitucionalidade

72.4.7. *Introdução*

A ação declaratória de constitucionalidade - ADC foi introduzida no nosso sistema de controle de constitucionalidade abstrato pela Emenda Constitucional n.° 3, de 17 de março de 1993. Instituiu-se, assim, novo instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, consubstanciado em uma ação que visa diretamente à obtenção da declaração de que o ato normativo seu objeto é constitucional.

Nessa ação, o autor apenas comparece perante o Supremo Tribunal Federal para pedir que este declare a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. O seu objetivo é, portanto, abreviar o tempo - que em muitos casos pode ser longo - para obtenção de uma pronúncia do STF sobre a constitucionalidade de certo ato, que esteja originando dissenso nos juízos inferiores, consubstanciando um verdadeiro atalho para encerrar a controvérsia sobre a sua legitimidade.

Cuida-se, pois, de uma ação que tem como objetivo principal transferir ao Supremo Tribunal Federal a apreciação sobre a constitucionalidade de

Conferir as competências para o processo e julgamento do mandado de injunção na Constituição Federal, art. 102, inciso II, alínea "a"; art. 105, inciso I, alínea "h", e art. 121, § 4.°, inciso V.

um dispositivo legal que esteja sendo objeto de grande controvérsia entre os juizes e demais tribunais, uma vez que, decidida a questão pelo Tribunal Maior, o Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, ficarão vinculados à decisão proferida, conforme detalharemos adiante.

A ação declaratória de constitucionalidade possui a mesma natureza jurídica da ação direta de inconstitucionalidade, isto é, (a) são ações do controle abstrato, (b) instauram processos tipicamente objetivos de fiscalização da validade das leis e atos normativos, pois têm por objeto principal a controvérsia constitucional em si, (c) podem ser ajuizadas pelos mesmos legitimados e (d) são da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal quando propostas em face da Constituição Federal.

Há somente um aspecto que as diferencia: o pedido do autor, que, na ADI, é pela declaração da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, enquanto, na ADC, é pela declaração da constitucionalidade da lei ou ato normativo. É por esse motivo que é comum a referência à ADC como uma "ADI de sinal trocado".

Com isso, as duas ações têm as mesmas características e praticamente o mesmo processo e julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. Há, apenas, algumas regras específicas que são aplicáveis a uma delas, e não à outra, justamente em decorrência da diferença de objeto, acima apontada. Mas, no geral, insista-se, as regras básicas do procedimento de ADI são aplicáveis ao procedimento de ADC.

Em razão dessa similitude, adotaremos a mesma metodologia de estudo antes empregada para o exame da ação direta de inconstitucionalidade por omissão - ADI por omissão. Não repetiremos todas as características e fases do procedimento referentes à ADC, pois, como afirmamos, elas são praticamente as mesmas anteriormente estudadas em relação à ADI. Assim, no tópico seguinte, apresentaremos um breve resumo, destacando as principais semelhanças entre a ADI e a ADC. Após, nos itens seguintes, apresentaremos apenas aquelas peculiaridades que distinguem as duas ações, vale dizer, aquelas características que são aplicáveis apenas a uma das ações (que estão presentes na ADI, e não na ADC, ou vice-versa).

12.4.2. Principais aspectos comuns

Neste tópico, resumiremos os principais aspectos comuns à ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade.

Depois da promulgação da Emenda Constitucional n.° 45/2004, a legitimação ativa para a propositura das ações do controle abstrato é exatamente a

mesma, enumerada no art. 103, 1 a IX, da Constituição.[82] Da mesma forma, valem para a ação declaratória de constitucionalidade todas as considerações expendidas sobre a legitimação em ação direta de inconstitucionalidade (exigência de pertinência temática em relação aos legitimados especiais; não prejuízo à ação proposta em razão da perda superveniente da representação parlamentar do partido político etc).

Assim como na ação direta de inconstitucionalidade, a causa de pedir na ação declaratória é também aberta, vale dizer, o Supremo Tribunal Federal poderá proclamar a constitucionalidade da lei ou ato normativo por fundamentos distintos daqueles apresentados pelo autor da ação. Nas duas ações, porém, o Supremo Tribunal Federal vincula-se ao pedido do autor, isto é, só poderá apreciar a validade do dispositivo impugnado, não de outros dispositivos constitucionais.

As duas ações são dúplices ou ambivalentes, isto é, as decisões nelas proferidas - pela procedência ou pela improcedência - geram eficácia jurídica. Entretanto, como a ADC assemelha-se a uma "ADI de sinal trocado", a eficácia da decisão também é inversa. Assim, proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente a ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente a ação declaratória.

A ação direta e a ação declaratória podem ser propostas a qualquer tempo, já que não se sujeitam a prazos de decadência ou prescrição. Uma vez propostas, não será admitida a desistência.

Nas duas ações não são admitidas as diferentes hipóteses de intervenção de terceiros previstas no Código de Processo Civil, tais como a oposição, a nomeação à autoria, a denunciação da lide etc. Porém, é possível a intervenção de terceiros não-legitimados na condição de colaboradores, de "amigos da Corte" *(amicus curiae).*

O Procurador-Geral da República atuará obrigatoriamente nos procedimentos de ADI e ADC, nos quais emitirá o seu parecer com plena autonomia, podendo opinar pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

Os efeitos da decisão de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória de constitucionalidade são exatamente os mesmos anteriormente expostos em relação à ação direta de inconstitucionalidade. Em síntese, significa que a decisão de mérito em ADC será dotada de eficácia contra todos *{erga omnes),* efeitos retroativos *(ex tunc)* e força vinculante relativamente aos

Até a EC n.° 45/2004, a ação declaratória de constitucionalidade só podia ser proposta pelo Presidente da República, pelo Procurador-Geral da República e pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Ademais, caso seja proclamada a inconstitucionalidade da norma (improcedência da ADC), a decisão terá efeitos repristinatórios em relação à legislação anterior acaso existente.

Ainda em relação aos efeitos da decisão de mérito, é também possível em ADC que o Supremo Tribunal Federal aplique a técnica da modulação (ou manipulação) dos efeitos temporais da pronúncia de inconstitucionalidade, desde que estejam presentes os pressupostos legais para essa medida - razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social - e haja decisão de dois terços dos membros do Tribunal.

Por fim, vale lembrar que as decisões de mérito proferidas em ADI e ADC são irrecorríveis, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

12.4.3. Objeto

O objeto da ação declaratória de constitucionalidade está limitado exclusivamente às leis ou atos normativos federais.

Há, portanto, uma relevante distinção entre o controle abstrato realizado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ADI e aquele exercido via ADC. No primeiro, poderão ser impugnados leis e atos normativos federais e estaduais, além dos atos expedidos pelo Distrito Federal no desempenho de sua competência estadual. Já em sede de ADC, só poderá ser requerida a declaração da constitucionalidade de leis e atos normativos federais.

Ressalvada essa distinção quanto à origem das leis e atos normativos, aplicam-se ao procedimento de ADC todas as considerações estudadas em relação ao objeto da ação direta de inconstitucionalidade. Assim, só poderá ser discutida em ADC a constitucionalidade de normas editadas sob a égide da Constituição de 1988 (não se admite a aferição do direito pré-constitucional), que sejam dotadas de conteúdo normativo e abstrato (não se admite a aferição de leis e atos de efeitos concretos), que não sejam meramente regulamentares (eventual vício em ato de natureza regulamentar constitui mera ilegalidade) e que estejam em vigor (não se admite a aferição da validade de direito revogado, e a eventual revogação superveniente da lei ou ato normativo implica prejuízo à ADC, por perda de objeto).

72.4.4. Relevante controvérsia judicial

Constitui pressuposto para o ajuizamento de ADC a existência de controvérsia judicial que esteja pondo em risco a presunção de constitucionalidade da lei ou ato normativo.

A controvérsia deverá ser demonstrada na petição inicial, pela indicação da existência de ações em andamento em juízos ou tribunais inferiores em que a constitucionalidade da lei esteja sendo impugnada, e deverão ser levados ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal os argumentos pró e contra a constitucionalidade da norma, possibilitando que essa Corte uniformize o entendimento sobre a sua legitimidade.

Assim, para o ajuizamento da ADC é imprescindível a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição que se pretende levar à apreciação do STF. O autor da ação deve comprovar a existência dessa relevante controvérsia judicial sobre a lei que ele quer ver declarada constitucional pela Corte Suprema, juntando à petição inicial decisões judiciais, prolatadas no âmbito do controle incidental, que suscitem controvérsia sobre ser a lei constitucional ou inconstitucional.

Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa em sede de ADC, pois a inexistência de controvérsia judicial sobre a validade da lei culminaria por converter essa ação declaratória em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal.

Se o autor da ADC não comprovar a existência de relevante controvérsia judicial sobre a validade da lei, a ação não será conhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, sempre que proposta uma ação declaratória de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal emitirá um juízo de admissibilidade da ação, isto é, verificará se restou comprovada pelo autor a existência de relevante controvérsia judicial sobre a constitucionalidade da lei objeto da ação, a ponto de resultar abalada a presunção de sua legitimidade, configurando uma situação de grave insegurança jurídica. Caso não seja comprovada a existência da relevante controvérsia judicial, o STF não conhecerá a ADC; se restar comprovada, o Tribunal conhecerá a ADC e passará à análise do pedido do autor.

É importantíssimo destacar que o STF firmou entendimento de que só a controvérsia judicial relevante autoriza a propositura de ação declaratória de constitucionalidade, não sendo suficiente a comprovação de celeuma doutrinária. Portanto, a relevante controvérsia deverá ser **judicial,** entre os órgãos do Poder Judiciário; a mera polêmica doutrinária, entre os estudiosos do Direito, não autoriza a propositura de ADC.

Por fim, vale lembrar que para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade **não** é exigida a comprovação da existência de relevante controvérsia judicial sobre a lei impugnada. Em ação direta, a lei ou ato normativo

poderá ser impugnado a partir da data de sua publicação, mesmo que não tenha sofrido nenhuma impugnação ou não tenha produzido nenhum de seus efeitos essenciais (a lei ou ato normativo poderá estar, até, no período de vacância - *vacatio legis).*

12.4.5. Pedido de informações aos órgãos elaboradores da norma

Quando estudamos o procedimento de ação direta de inconstitucionalidade, vimos que após a propositura dessa ação o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, que deverão prestá-las no prazo de trintas dias contado do recebimento do pedido.

Esse pedido de informações **não** ocorre em ação declaratória de constitucionalidade. A razão para isso é que no processo desta ação não há legitimado passivo, tendo era vista que nela não há ataque a algum ato, não é impugnada uma lei ou um ato normativo, mas sim solicitada a declaração de sua constitucionalidade, de sua legitimidade.

12.4.6. Medida cautelar

Assim como na ação direta, o Supremo Tribunal Federal poderá, por decisão da maioria absoluta de seus membros, deferir pedido de medida cautelar em sede ADC.

Porém, como o pedido na ação declaratória é pela constitucionalidade da norma (ao contrário do pedido em ação direta), é certo que o alcance da medida cautelar em ADC será distinto. Afinal, se o autor da ADC requer o reconhecimento da constitucionalidade da lei ou ato normativo, não faz sentido o Supremo Tribunal Federal, ao conceder a medida cautelar, suspender a vigência da norma, como faz em ação direta.

Em razão dessa distinção quanto ao pedido, a medida cautelar em ADC consistirá na determinação de que os juizes e os tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até o julgamento definitivo da ADC pelo Supremo Tribunal Federal.[83]

Observa-se que na ação declaratória de constitucionalidade a eficácia da medida cautelar não implica suspensão da norma objeto da ação, já que nesta ação o pedido é justamente o reconhecimento da constitucionalidade

[83] Lei n.° 9.868/1999, art. 21.

da norma. A medida cautelar consistirá numa determinação para que os demais órgãos do Poder Judiciário suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo até a apreciação do mérito da ação pelo Supremo Tribunal Federal.

A par disso, o Pretório Constitucional firmou entendimento de que a medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade possui efeito vinculante, obrigando todos os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Assim, o provimento cautelar deferido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, além de produzir eficácia *erga omnes,* reveste-se de efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A eficácia vinculante, que qualifica tal decisão - precisamente por derivar do vínculo subordinante que lhe é inerente -, legitima o uso da reclamação perante a Corte Suprema, se e quando a integridade e a autoridade da decisão proferida por esse Tribunal forem desrespeitadas.

Determina a lei que uma vez concedida a medida cautelar, o STF fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.[84]

Como se vê, o legislador ordinário estabeleceu um prazo limite de cento e oitenta dias para a eficácia da medida cautelar concedida em ação declaratória de constitucionalidade, determinando que, vencido esse prazo sem a manifestação de mérito do Supremo Tribunal Federal, perderá a eficácia a medida concedida.

Entretanto, na prática, essa regra não tem sido aplicada pelo Supremo Tribunal Federal. Deveras, o Tribunal tem reconhecido a eficácia vinculante da medida cautelar concedida em ação declaratória de constitucionalidade mesmo após o esgotamento desse prazo de cento e oitenta dias. Um exemplo de não aplicação desse prazo limite foi o que aconteceu com a ação declaratória de constitucionalidade n.° 4 (ADC n.° 4/DF). Nessa ação, o Supremo Tribunal Federal deferiu, em parte, a medida cautelar requerida, em 11.02.1998. Portanto, pela literalidade do parágrafo único do art. 21 da Lei n.° 9.868/1999, a eficácia dessa medida teria se esgotado no mês de agosto de 1998. Porém, sete anos após a concessão da medida cautelar, a Corte Suprema julgou procedente, em 03.02.2005, reclamação interposta contra decisão da

[84] Lei n.° 9.868/1999, art. 21, parágrafo único.

1.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás que atentou contra a autoridade do decidido liminarmente na ADC n.° 4.[85]

Essa regra, que estabelece o prazo limite de eficácia da cautelar concedida em ADC, não foi estendida à cautelar concedida em ação direta de inconstitucionalidade, que continua tendo eficácia por prazo indeterminado, até a apreciação de mérito pelo Supremo Tribunal Federal.

Ressalvadas essas dessemelhanças, aplicam-se à ADC as mesmas regras estudadas sobre a concessão de medida cautelar em ação direta, tais como: exigência de maioria absoluta para a concessão da medida, salvo no período de recesso; momento do início da produção de efeitos da medida etc.

72.4.7. Não-atuação do Advogado-Geral da União

O Supremo Tribunal Federal afastou a obrigatoriedade de citação do Advogado-Geral da União no processo de ADC, entendendo que nessa ação, porquanto se esteja buscando exatamente a preservação da presunção de constitucionalidade do ato que é seu objeto, não há razão para que este órgão atue como defensor dessa mesma presunção (a ação não visa a atacar o ato, mas sim a defendê-lo). Assim, não se aplica à ação declaratória de constitucionalidade o art. 103, § 3.°, da Constituição.

12.5. Argüição de descumprimento de preceito fundamental

12.5.1. Introdução

A previsão constitucional para que o Supremo Tribunal Federal aprecie ato que atente contra preceito fundamental decorrente da Carta da República está no art. 102, § 1.°, nos seguintes termos:

> § 1.° A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

O dispositivo sobretranscrito - exemplo típico de norma constitucional de eficácia limitada - somente recebeu do legislador ordinário a necessária regulamentação com o advento da Lei n.° 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Essa lei dispõe sobre o processo e julgamento da chamada argüição

[85] Rcl AgR 2.416/GO, rei. Min. Cezar Peluso, 03.02.2005.

de descumprimento de preceito fundamental - ADPF, nos termos a seguir explicitados.

A ADPF vem completar o sistema de controle de constitucionalidade concentrado, uma vez que a competência para sua apreciação é originária e exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Nos termos em que foi regulada a ADPF pelo legislador ordinário, questões até então não passíveis de apreciação nas demais ações do controle abstrato de constitucionalidade (ADI e ADC) passaram a poder ser objeto de exame.

Os exemplos mais notórios são a possibilidade de impugnação de atos normativos municipais em face da Constituição da República e o cabimento da ação quando houver controvérsia envolvendo direito pré-constitucional. Ainda, impende observar que a ADPF não se restringe à apreciação de atos normativos, podendo, por meio dela, ser impugnado qualquer ato do Poder Público de que resulte lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição Federal.

Não deixa dúvida a esse respeito o art. 1.° da Lei n.° 9.882/1999:

> Art. 1.° A argüição prevista no § 1.° do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.
>
> Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:
>
> I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;
>
> II - (VETADO).

Pensamos ser essa a mais relevante alteração introduzida no nosso sistema de controle concentrado de constitucionalidade pela ADPF: a instituição de mecanismo de aferição abstrata, pelo Supremo Tribunal Federal, da legitimidade do direito pré-constitucional e do direito municipal ante a Constituição Federal, controle até então inviável no âmbito dos processos objetivos de fiscalização da constitucionalidade integrantes de nosso ordenamento.

Com efeito, até a instituição da argüição de descumprimento de preceito fundamental, o direito municipal e o direito pré-constitucional não podiam ter a sua validade em abstrato impugnada perante o Supremo Tribunal Federal. Isso porque a ação direta de inconstitucionalidade só admite como objeto leis e atos normativos federais e estaduais, e a ação declaratória de constitucionalidade só é instrumento idôneo para aferição de direito federal,

exigindo o STF, em ambos os casos, que o direito seja editado sob a égide da atual Carta Política (normas pós-constitucionais).

Ademais, cabe salientar que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ADPF são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, o que significa dizer que as orientações firmadas pela Corte Suprema nessa ação nortearão o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico editados pelas diversas entidades federadas.

72.5.2. *A argüição autônoma e a argüição incidental*

A doutrina pátria acerca do instituto em estudo, embora não seja abundante, é homogênea quanto à existência, na Lei n.° 9.882/1999, de previsão de duas modalidades distintas de ADPF: uma argüição autônoma, com natureza de ação, e outra incidental ou paralela, que pressupõe a existência de uma ação original em função da qual os legitimados ativos para a propositura da ADPF (como veremos, a lei atribuiu legitimação ativa às mesmas pessoas, órgãos e entidades integrantes do rol de legitimados ao ajuizamento da ADI, constante do art. 103 da CF/88) podem suscitar a argüição, levando a matéria constitucional à apreciação direta do Supremo Tribunal Federal.

A esse respeito, vale transcrever esta passagem da lavra do Professor Carlos Mário da Silva Velloso:

> 0 art. l.°, *caput*, da Lei n.° 9.882, de 3.12.99, cria a argüição autônoma, com a natureza de ação, que poderá ter como objeto ato do Poder Público, federal, estadual ou municipal. É dizer, nessa ação poderá ser impugnado ato do Poder Público, a fim de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental inscrito na Constituição.
>
> Estabelece, em seguida, o parágrafo único do referido art. 1.°:
>
> 'Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:
>
> 1 - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.'
>
> Tem-se, aí, hipótese de ação incidental, que pressupõe a existência de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.
>
> Em síntese: o art. 1.° e seu parágrafo único, da Lei n.° 9.882/99, criam dois tipos de argüição de descumprimento de

> preceito fundamental: a) a argüição autônoma e b) a argüição incidental. Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, na ADPF n.° 3-Ceará (questão de ordem), Relator o Ministro Sydney Sanches.

Isso não significa, entretanto, que exista uma ADPF de natureza objetiva e outra, a incidental ou paralela, de natureza subjetiva. O STF e a maior parte da doutrina somente aceitam a ADPF como processo objetivo, sem partes em sentido próprio, sem possibilidade de discussão ou tutela de interesses subjetivos. Ocorre que, no caso da ADPF incidental, a controvérsia constitucional relevante se origina em processos concretos, nos quais estão, aí sim, sendo discutidos interesses subjetivos. No caso de um dos legitimados à propositura da ADPF entender que a controvérsia constitucional suscitada nos processos concretos é relevante poderá, então, propor a argüição dita incidental ou paralela, sendo-lhe facultado, ainda, requerer liminar, que "poderá consistir na determinação de que juizes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada".[86]

Cabe repisar que o incidente não pode, de forma nenhuma, ser provocado pelas partes do processo (ou processos) concreto em que se verifica a relevante controvérsia constitucional; se for o caso, a ADPF será ajuizada, como peça independente, por um dos legitimados ativos legais (CF, art. 103).

Reforça o entendimento de que a Lei n.° 9.882/1999 previu uma ADPF de natureza incidental o § 1.° de seu art. 6.°, ao estatuir que "se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição". Ora, está clara nessa referência a "processos que ensejaram a argüição" a possibilidade de a ADPF ser proposta a partir de ações concretas, nas quais há partes propriamente ditas, discutindo interesses subjetivos. Tais interesses, entretanto, não serão de forma alguma apreciados no âmbito da ADPF; nesta somente se travará a discussão em abstrato acerca da existência de lesão a preceito fundamental decorrente da Carta Política.

Sobre essa modalidade de ADPF, dita incidental, prevista no inciso I do parágrafo único do art. l.°, o Professor Walter Claudius Rothenburg, após afirmar a predominância da natureza objetiva da ADPF, preleciona, em trecho de excepcional clareza:

> Ademais, a argüição permite que o controle de constitucionalidade genérico, apreciando a validade do ato com efeitos extensivos, ocorra com base no exame de um caso específi-

[86] Lei n.° 9.882/1999, art. 5.°, § 3.°.

> co, enriquecendo nosso sistema com uma modalidade direta (concentrada) de controle concreto de constitucionalidade. Até então, ou esse conhecimento imediato ocorria desvinculado de caso específico *(em tese,* por meio de fiscalização abstrata de constitucionalidade), ou a questão constitucional surgia ligada ao caso específico e era apreciada pelo juízo naturalmente competente (controle difuso de constitucionalidade), podendo chegar ao Supremo Tribunal Federal, a mais das vezes, apenas em grau extremo de recurso extraordinário.

É importante ressaltar, todavia, que no julgamento da ADI n.° 2.231-DF, o Ministro Néri da Silveira, relator, proferiu voto contrário à possibilidade de criação, pelo legislador ordinário, de uma argüição incidental.[87] O julgamento, entretanto, ainda não foi concluído.

12.5.3. Objeto da ADPF e conteúdo do pedido

O art. l.° da Lei n.° 9.882/1999 possui o seguinte teor:

> Art. 1.° A argüição prevista no § 1.° do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.
>
> Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:
>
> I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

A argüição, dessarte, tem potencialmente como objeto:

a) qualquer ato (ou omissão) do Poder Público, incluídos os não normativos, que acarrete lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição, visando a evitar ou reparar tal lesão;

b) leis e atos normativos federais, estaduais e municipais (e também os distritais, inclusive os editados com fulcro nas competências municipais do DF), abrangidos os anteriores à Constituição, desde que exista acerca de sua aplicação relevante controvérsia constitucional e que a aplicação ou a não aplicação desses atos implique lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição.

[87] ADIMC 2.231/DF, rei. Min. Néri da Silveira, 05.12.2001.

Observa-se que a primeira hipótese cuida de ação em face de ato *in genere* praticado pelo Poder Público (ou que estej a na iminência de ser praticado, hipótese em que teremos a ADPF preventiva), abrangendo, ainda, as omissões do Poder Público que acarretem violação de preceito constitucional fundamental.

Impende anotar que o legislador estabeleceu a possibilidade de ADPF preventiva, ao dispor que será cabível a ação para "evitar" lesão a preceito fundamental.

Na segunda hipótese permite-se aferir, *in abstracto*, a validade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, anteriores ou posteriores à Constituição, sobre os quais exista controvérsia judicial que tenha fundamento relevante, e desde que, em razão dessa controvérsia, ou da aplicação ou não aplicação do ato, esteja sendo violado preceito fundamental.

Conforme acima ressaltado, até a regulamentação da ADPF, o controle da constitucionalidade das normas municipais em face da Constituição Federal somente era efetivado na via incidental, quando, por meio do recurso extraordinário, a controvérsia chegava ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal. Não havia hipótese de se levar, diretamente, à apreciação da Corte Suprema controvérsia sobre direito municipal.

A Lei n.° 9.882/1999 mudou essa situação, ao permitir que se leve, diretamente, ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, por meio da propositura de ADPF, relevante controvérsia sobre lei ou ato normativo municipal, desde que esteja ocorrendo lesão a preceito constitucional fundamental.

Houve também alteração no que se refere à aferição da legitimidade das normas anteriores à vigente Constituição, do chamado direito pré-constitucional, agora passível de controle abstrato perante o Pretorio Excelso, na via da ADPF, desde que, também, esse direito pré-constitucional esteja sendo objeto de relevante controvérsia judicial de que resulte lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição.

Com relação à possibilidade de apreciação de atos normativos municipais em sede de ADPF, Gilmar Ferreira Mendes observa:

> Ao contrário do imaginado por alguns, não será necessário que o STF aprecie as questões constitucionais relativas ao direito de todos os Municípios. Nos casos relevantes, bastará que decida uma questão-padrão com força vinculante.
>
> Se entendermos, como parece recomendável, que o efeito vinculante abrange também os fundamentos determinantes da decisão, poderemos dizer, com tranqüilidade, que não apenas a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade no Município 'A' mas toda e qualquer lei municipal de idêntico teor não mais poderão ser aplicadas.

Cabe ressaltar que, em função do princípio da subsidiariedade (adiante estudado), a que está sujeita a ADPF, os atos normativos federais e estaduais (bem como os distritais editados no uso das competências estaduais do DF) pós-constitucionais não poderão ser objeto da argüição, porque é possível sua impugnação mediante ação direta de inconstitucionalidade. Também não pode a ADPF ser utilizada para pedir a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal pós-constitucional, já que tais atos podem ser objeto de ADC.

A nosso ver, podem ser objeto de ADPF os atos infralegais regulamentares de qualquer esfera da Federação, pois eles não têm como ser impugnados por meio de ADI (o STF só admite ADI contra ato infralegal normativo, federal ou estadual, autônomo, ou seja, que não tenha sido editado em função de nenhuma lei, ofendendo diretamente a Constituição).

Ainda, deve-se atentar que a ADPF, na hipótese prevista no *caput* do art. 1.° da Lei n.° 9.882/1999 ("evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público"), não se restringe à impugnação de atos normativos, mas abrange, também, quaisquer atos não normativos (atos concretos, atos de execução, atos materiais) do Poder Público, desde que, deles, resulte lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição. É firme, nesse sentido, a posição do Supremo Tribunal Federal.[88]

Entendemos que a expressão "ato do Poder Público" abrange não só os atos (bem como as omissões) dos órgãos estatais e das entidades integrantes da Administração Pública, mas também os atos de particulares que estejam exercendo, por delegação, qualquer parcela de Poder Público, analogamente ao que ocorre no caso da impugnação de "ato de autoridade" mediante mandado de segurança. Dessa forma, atos praticados, por exemplo, por concessionárias de serviço público, desde que impliquem lesão a preceito fundamental e não exista outro meio eficaz de sanar a lesividade (esta última condição decorre do princípio da subsidiariedade) são, em tese, passíveis de apreciação em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental.

O Supremo Tribunal Federal deixou assente que a expressão "ato do Poder Público" não inclui os atos políticos. Estes não são passíveis de impugnação judicial, desde que praticados dentro das esferas de competência e nas hipóteses constitucionalmente delineadas, em conformidade com as formalidades prescritas na própria Constituição, sob pena de afronta ao princípio da separação dos Poderes. Com base nesse entendimento, o Tribunal

[88] ADPF 1/RJ, rei. Min. Néri da Silveira, 03.02.2000.

não conheceu uma ADPF em que se alegava violação a preceito fundamental por veto do chefe do Executivo a projeto de lei.[89]

Ainda sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que os enunciados das súmulas do STF não podem ser concebidos como atos do Poder Público lesivos a preceito fundamental.[90] O Tribunal deixou assente que os enunciados das súmulas são apenas expressões sintetizadas de orientações reiteradamente assentadas pela Corte, cuja revisão deve ocorrer de forma paulatina, e que, por isso, não se enquadram como atos do Poder Público lesivos a preceito fundamental, atacáveis na via da ADPF.

Como acima aludido, o novo instituto poderá ser utilizado, também, para controle da omissão inconstitucional, porquanto a lesão a preceito fundamental poderá advir da inércia do legislador em regulamentar direito previsto na Constituição Federal. Embora a ADPF seja regida pelo princípio da subsidiariedade - que impede o seu conhecimento sempre que exista outro meio juridicamente apto a sanar, com efetividade real, a lesão ou ameaça de lesão decorrente do ato impugnado -, o STF já firmou posição acerca do seu cabimento em face de omissão do Poder Público. Entendeu a Corte Suprema que o outro meio processual existente em nosso ordenamento - a ação direta de inconstitucionalidade por omissão - não se enquadra como medida verdadeiramente eficaz contra a lesão, em razão dos efeitos da decisão nela proferida.[91]

Quanto ao pedido, parece-nos que, nas duas hipóteses de cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, poderá ele ser pelo reconhecimento da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do ato ou norma, desde que comprovada a lesão a preceito fundamental, na primeira hipótese, cumulada com a existência de relevante controvérsia constitucional, na segunda hipótese.

Com efeito, entendemos que, na primeira hipótese de cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental - ato do Poder Público que acarrete lesão a preceito fundamental -, essa lesão poderá advir tanto da aplicação de uma lei inconstitucional, quanto da não-aplicação de uma lei constitucional. No primeiro caso, o pedido seria pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da lei, a fim de afastar-se, com eficácia geral, a sua aplicação, salvaguardando o preceito fundamental ofendido; no segundo caso, o pedido seria pela declaração da constitucionalidade da lei, para o fim de tornar obrigatória, com eficácia *erga omnes*, a sua aplicação, em proteção ao preceito fundamental violado.

[89] ADPF 1/RJ, rei. Min. Néri da Silveira, 03.02.2000.
[90] ADPF AgR 80/DF, rei. Min. Eras Grau, 12.06.2006.
[91] ADPF 4/DF, rei. Min. Octavio Gallotti, 17.04.2002.

O mesmo raciocínio poderia ser adotado, também, na segunda hipótese de cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental - relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal -, requerendo o autor o reconhecimento da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma objeto da controvérsia.

Caso essa orientação prevaleça no âmbito do STF, representaria ela mais uma inovação introduzida pela argüição de descumprimento de preceito fundamental no nosso controle de constitucionalidade, que passaria a permitir a solicitação, perante o STF, da declaração de **constitucionalidade** do direito estadual e municipal, medida até então inexistente no nosso sistema objetivo de fiscalização da constitucionalidade das leis, haja vista que a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) só admite como objeto direito federal.

12.5.4. Preceito fundamental

A Lei n.° 9.882/1999 não enumerou as normas constitucionais que devem ser consideradas "preceitos fundamentais" cuja lesão enseja a propositura de ADPF.

Pensamos que a utilização da palavra "preceito" em vez de "princípio" teve como objetivo evitar que o conceito a ser delineado pela doutrina e jurisprudência acabasse restrito aos princípios fundamentais arrolados no Título I da Constituição Federal. Além disso, a utilização de uma expressão mais genérica, "preceito", permite que sejam abrangidos pelo conceito não só os princípios, mas também as regras, em suma, qualquer norma, desde que possa ser qualificada como fundamental.

Outro ponto relevante assinalado pela doutrina em geral diz respeito ao fato de o texto constitucional mencionar "preceito fundamental, decorrente desta Constituição", o que estaria a denotar que não é necessário que se trate de uma norma expressa, estando protegidas pela ADPF também as normas implícitas fundamentais que se possam inferir da Carta Política como um todo. Concordamos com essa posição. Parece-nos acertada a conclusão de que se possa enquadrar uma norma constitucional implícita como preceito fundamental decorrente da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal deixou claro que a ele próprio compete identificar as normas que devem ser consideradas preceitos fundamentais decorrentes da Constituição Federal para o fim de conhecimento das argüições de descumprimento de preceito fundamental que perante a Corte sejam ajuizadas.[92]

ADPF 1/RJ, rei. Min. Néri da Silveira, 03.02.2000, de cuja ementa extrai-se o seguinte trecho: "Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no

Vale registrar que do voto do Ministro Néri da Silveira, relator na ADPF n.° 1-RJ, consta uma citação de Oscar Dias Corrêa (in "A Constituição de 1988, contribuição crítica", l.ª ed., Forense Universitária, 1991), abaixo reproduzida, válida como orientação geral:

> Parece-nos, porém, que, desde logo, podem ser indicados, porque, pelo próprio texto, não objeto de emenda, deliberação e, menos ainda, abolição: a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais. Desta forma, tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime pode ser tido como preceitos fundamentais. Além disso, admita-se: os princípios do Estado democrático, vale dizer, soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, pluralismo político; os direitos fundamentais individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos políticos, a prevalência das normas relativas à organização político-administrativa; a distribuição de competências entre a União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios; entre Legislativo, Executivo e Judiciário; a discriminação de rendas; as garantias da ordem econômica e financeira, nos princípios básicos; enfim, todos os preceitos que, assegurando a estabilidade e a continuidade da ordem jurídica democrática, devam ser cumpridos.

Semelhante é a lição do insigne Professor Gilmar Ferreira Mendes, para quem:

> É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e julgamento da argüição de descumprimento.
>
> Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional.
>
> Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5.°, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4.°, da CF: o princípio federativo, a separação de Poderes o voto direito universal e secreto.
>
> Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados "princípios sensíveis", cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos estados-membros (art. 34, VII).

sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental."

> É fácil de ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a idéia de unidade de Constituição *(Einheit der Verfctssung)* acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias.

12.5.5. Subsidiariedade da ADPF

O art. 4.°, § 1.°, da Lei n.° 9.882/1999 traz importante regra, segundo a qual:

> § I^{o} Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

O legislador ordinário, portanto, conferiu à ADPF a natureza de ação excepcional, subsidiária, remédio extremo: somente será cabível se não for possível sanar a lesividade do ato que se quer impugnar mediante a utilização de "qualquer outro meio" que seja verdadeiramente eficaz para tanto.

Parte considerável da doutrina (Gilmar Ferreira Mendes, Celso Ribeiro Bastos, Daniel Sarmento, entre outros) aponta para a necessidade de não se adotar uma interpretação literal do citado § 1.° do art. 4.° da Lei n.° 9.882/1999. Isso porque, em nosso ordenamento jurídico, se for levado em conta todo e qualquer meio processual existente, sempre haverá algum mediante o qual se possa impugnar o ato que se entenda estar ofendendo ou na iminência de ofender preceito fundamental. Para esses autores, caso o dispositivo em comento seja tomado com excessivo rigor, a ADPF restará quase inteiramente despida de aplicabilidade.

Gilmar Ferreira Mendes propugna que se restrinja o disposto no § 1.° do art. 4.° da Lei n.° 9.882/1999 ao controle abstrato de constitucionalidade, vale dizer, a leitura da regra em estudo deveria ser algo como: "não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando alguma das ações integrantes do controle abstrato de constitucionalidade puder efetivamente sanar a lesividade do ato". Concorda com essa posição o Professor Daniel Sarmento, para quem a ADPF constitui "instrumento destinado primacialmente à garantia objetiva da ordem jurídica" e, portanto, somente diante de ações em que a decisão proferida possua eficácia geral *(erga omnes)* e vinculante caberia cogitar da incidência do § 1.° do art. 4.° da Lei n.° 9.882/1999.

Outros constitucionalistas, como Celso Ribeiro Bastos, defendem que o fator tempo seja levado em consideração para efeito de verificar se existe outro meio eficaz de sanar a lesão. Assim, dada uma certa situação, caso

não exista uma ação a ela relativa em que caiba a concessão de liminar, se somente com a decisão final puder ser efetivamente reparada a lesão a preceito fundamental decorrente da aludida situação, por inexistirem recursos com eficácia suspensiva, a demora até a obtenção do provimento judicial efetivo ensejaria a utilização da ADPF, com o fim de se obter, em prazo muito mais curto, decisão definitiva com efeitos *erga omnes* e vinculantes.

Em que pesem essas opiniões, o Supremo Tribunal Federal inicialmente não adotou a tese segundo a qual somente deveria ser aferida a inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesividade no âmbito das ações integrantes do controle abstrato de normas. Por maioria, adotou o Pretório Excelso a tese de que a existência de qualquer ação eficaz para sanar a lesividade impediria o ajuizamento da argüição. Nesse sentido, o STF negou conhecimento a diferentes argüições de descumprimento de preceito fundamental por entender que existiam, no contexto delineado naquelas ações, outros meios processuais, tais como o mandado de segurança, a ação popular e o recurso extraordinário (que admitem a possibilidade de outorga cautelar de efeito suspensivo) aptos a neutralizar a suposta lesividade dos atos impugnados.[93]

Em julgados posteriores, entretanto, o Supremo Tribunal Federal vem perfilhando a orientação propugnada por Gilmar Ferreira Mendes, segundo a qual a aferição da existência de outro meio efetivo para sanar a lesividade da atuação pretensamente ofensiva a preceito fundamental deve ser feita, essencialmente, no âmbito das ações integrantes do controle abstrato de normas.

Pensamos ser paradigmática a ADPF-MC n.° 33-PA, rei. Min. Gilmar Mendes, de 29.10.2003, mais tarde citada como precedente pela Corte (como ocorreu na ADPF n.° 54-DF, rei. Min. Marco Aurélio, 27.04.2005), na qual foi brilhantemente exposta a referida concepção de subsidiariedade. Transcrevemos trecho do voto condutor que, por sua excepcional clareza, dispensa maiores comentários:

> Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da argüição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucional idade, não será admissível a argüição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade - isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata -, há

ADPF 3/CE, rei. Min. Sydney Sanches, 10.05.2000; ADPF 17/AP, rei. Min. Celso de Mello, 05.06.2002.

de se entender possível a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

É o que ocorre, fundamentalmente, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da argüição de descumprimento.

Também é possível que se apresente argüição de descumprimento com a pretensão de ver declarada a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha sua legitimidade questionada nas instâncias inferiores. Tendo em vista o objeto restrito da ação declaratória de constitucionalidade, não se vislumbra aqui meio eficaz para solver, de forma ampla, geral e imediata, eventual controvérsia instaurada.

A própria aplicação do princípio da subsidiariedade está a indicar que a argüição de descumprimento há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição - alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário - que não envolva a aplicação de lei ou ato normativo infraconstitucional.

Da mesma forma, controvérsias concretas fundadas na eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo podem dar ensejo a uma pletora de demandas, insolúveis no âmbito dos processos objetivos.

Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva.

Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se inteiramente aplicável a argüição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações ordinárias e o próprio recurso extraordinário não parecem, as mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma pletora de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do STF e das próprias Cortes ordinárias.

Em síntese, somos de opinião de que a posição dominante no Supremo Tribunal Federal, atualmente, é pelo cabimento da ADPF, em princípio,

quando a lesividade da situação que se pretenda afastar não possa ser efetivamente sanada mediante alguma das demais ações integrantes do controle abstrato de normas (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade), vale dizer, a subsidiariedade a que se refere o § 1.° do art. 4.° da Lei n.° 9.882/1999 deve ser aferida, essencialmente, em face das ações objetivas do controle de constitucionalidade, atenuando-se a restrição que decorreria da literalidade do dispositivo.[94]

Para finalizar este tópico, consideramos oportuno, ainda, registrar que a natureza subsidiária da argüição de descumprimento de preceito fundamental acarreta a possibilidade de que uma ação ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal como ADPF venha a ser conhecida pela Corte, não como ADPF, mas como alguma outra ação integrante do sistema de controle objetivo (se for cabível o uso dessa outra ação de controle abstrato, ela prevalecerá sobre a ADPF, em decorrência da subsidiariedade desta). Situação como essa ocorreu por ocasião da apreciação da ADPF n.° 72-PA, rei. Min. Ellen Gracie, em questão de ordem julgada em 1.° de junho de 2005, na qual se decidiu conhecer a citada ADPF como ação direta de inconstitucionalidade, determinando-se a sua reautuação como ADI n.° 3.513.[95] Evidentemente, em casos que tais, a conversão só será possível se os requisitos exigidos para o ajuizamento da ação na qual se pretenda seja convertida a ADPF tiverem sido cumpridos; assim, no caso descrito, a conversão da ADPF em ADI só foi realizada porque estavam presentes todas as condições necessárias à propositura da ação direta.

12.5.6. Competência e legitimação

A competência para o processo e julgamento da ADPF é originária e exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme expressamente estabelecido no art. 102, § 1.°, da Constituição da República.

A Constituição nada dispõe, entretanto, acerca da legitimidade ativa para a propositura da ADPF. Antes da regulamentação legal do instituto, a maioria da doutrina defendia fosse prevista a legitimação mais ampla possível, a fim de conferir à ADPF feição de remédio à disposição dos indivíduos em geral contra violação, que lhes atingisse, de preceito fundamental decorrente da

Conforme destacado no julgamento do pedido de medida cautelar na ADPF 77/DF, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 21.08.2006, nos termos seguintes: "Nesse sentido, cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal, no tocante à cláusula de subsidiariedade instalada no artigo 4.°, § 1.°, da Lei n.° 9.882/99, tem seguido a orientação segundo a qual "o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional."
Informativo STF 390.

Constituição. A ADPF, assim, assumiria natureza de ação subjetiva, tutelando precipuamente interesses e direitos subjetivos.

O legislador ordinário, nos incisos I e II do art. 2.° da Lei n.° 9.882/1999, havia previsto como legitimados ativos: os mesmos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (inciso I); e "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público" (inciso II).

O Presidente da República vetou o supratranscrito inciso II do art. 2.° da Lei n.° 9.882/1999. Com isso, restaram como legitimados a propor a ADPF somente as mesmas pessoas, órgãos e entidades que podem propor a ADI, previstos no art. 103, incisos I a IX, da Constituição.

E verdade que permaneceu no texto legal o § 1.° do art. 2.°, nos termos do qual "faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo" (foi vetado, entretanto, o § 2.° do mesmo artigo, que possibilitava representação ao STF caso o Procurador-Geral da República decida não ingressar em juízo). Contudo, esse dispositivo não confere a ninguém legitimidade ativa para propositura de ADPF (O Procurador-Geral da República já é legitimado, porquanto integrante do rol do art. 103 da CF/88); trata-se, em vez disso, de uma norma inócua, haja vista que, caso haja essa iniciativa do cidadão, o Procurador-Geral da República não estará obrigado a propor a ação sugerida.

Esse rol de legitimados deixa patente a natureza objetiva que foi conferida à ADPF, uma vez que não poderá a ação ser utilizada, diretamente pelo interessado, como instrumento de proteção de direitos subjetivos violados pelo descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição. A ADPF, dessarte, passa a ser, assim como as demais ações do controle abstrato, um processo de caráter predominantemente objetivo, destinado à garantia da ordem constitucional lesada ou ameaçada de lesão por ato do Poder Público.

Pensamos que essa característica de processo objetivo da ADPF veda a desistência da ação, uma vez ajuizada. A Lei n.° 9.882/1999 nada diz a respeito, diferentemente do que ocorre na Lei n.° 9.868/1999, relativamente à ADI e à ADC, para as quais a proibição de desistência é expressa.

72.5.7. *Petição inicial e procedimento*

A petição inicial será apresentada em duas vias, devendo conter a indicação do preceito fundamental que se considera violado, a prova da violação do

preceito fundamental, indicação e cópia do ato questionado, o pedido, com suas especificações e, se se tratar de ADPF ajuizada com fulcro no inciso I do parágrafo único do art. l.° da Lei n.° 9.882/1999, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

A lei determina que a petição inicial seja acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso. Entendemos, na esteira da lição de Alexandre de Moraes, que não é necessária a representação por advogado para os legitimados arrolados nos incisos I a VII do art. 103 da Constituição Federal, porquanto sua capacidade postulatória decorre diretamente do texto constitucional. Assim, só é exigida a representação por advogado e, portanto, a apresentação de instrumento de mandato, no caso das entidades enumeradas nos incisos VIII e IX do art. 103, a saber, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Como a Lei n.° 9.882/1999 não faz qualquer referência a prazo para propositura da ADPF, entendemos que a ação não está sujeita a prazo prescricional ou de decadência, sendo possível seu ajuizamento a qualquer tempo, não importa a data em que tenha sido praticado o ato indicado como violador de preceito fundamental decorrente da Constituição.

A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos na Lei n.° 9.882/1999, ou for inepta. Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias.

Apreciado o pedido de liminar, se houver, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento.

O Ministério Público, nas argüições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações. Vale lembrar que o § 1.° do art. 103 da Carta da República determina que o Procurador-Geral da República seja previamente ouvido em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

Embora a Lei n.° 9.882/1999 não obrigue, o Supremo Tribunal Federal tem exigido a participação do Advogado-Geral da União (AGU) no âmbito da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

12.5.8. Medida liminar

O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental.[96]

Ademais, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

A liminar poderá consistir na determinação de que juizes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.'"

Como se vê, a liminar concedida em ADPF possui eficácia geral e poderá ter, se o STF assim determinar, efeito vinculante.

72.5.9. *Decisão*

A Lei n.° 9.882/1999, em seu art. 8.°, estabelece que "a decisão sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros" (oito Ministros). É interessante notar que a lei nada menciona sobre o *quorum* exigido para a decisão. Entretanto, por força do disposto no art. 97 da Constituição Federal, serão necessários os votos da maioria absoluta dos Ministros (seis votos) toda vez que deva ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

A lei estabelece que a decisão proferida em ADPF terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (Lei 9.882/1999, art. 10, § 3.°).

Esse ponto merece um comentário adicional, a seguir apresentado.

Ao disciplinar os efeitos das decisões de mérito em ADI e ADC, a Lei 9.868/1999 estabeleceu que tais decisões têm eficácia contra todos e efeito vinculante **em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal** (art. 28, parágrafo único). Essa reda-

[96] Lei n.° 9.882/1999, art. 5.°.
[97] Lei n.° 9.882/1999, art. 5.°, § 3.°.

ção da Lei 9.868/1999, em verdade, limita-se a reproduzir os efeitos que a Constituição Federal estabelece para as decisões de mérito em ADI e ADC (CF, art. 102, § 2.°). Decorre dessa redação **não terem** as decisões do STF **em ADI e ADC** força vinculante em relação ao **Poder Legislativo.**

De seu turno, a Lei 9.882/1999, ao disciplinar os efeitos da decisão de mérito em ADPF, estatui que a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante **relativamente aos demais órgãos do Poder Público** (art. 10, § 3.°). Ao mencionar que a força vinculante alcançará "os demais órgãos do Poder Público", não foi expressamente excepcionada a sua incidência em relação ao Poder Legislativo.

Em que pese essa diferença na redação dada aos dispositivos legais supracitados, e ressalvando entendimento diverso de autores de renome (Alexandre de Moraes, por exemplo), entendemos que a força vinculante da decisão proferida em ADPF também **não se aplica ao Poder Legislativo, no tocante ao exercício de sua função legislativa típica.**

Entendemos que a força vinculante das decisões do STF - tanto das proferidas nas diferentes ações do controle abstrato quanto das consolidadas em súmulas vinculantes - não alcança o Poder Legislativo porque não cabe ao Poder Judiciário inibir, *ad eternum,* a produção legislativa dos representantes do povo. Ademais, não faria sentido o efeito vinculante das decisões proferidas em ADI e ADC, que encontra previsão constitucional expressa (CF, art. 102, § 2.°), possuir alcance mais restrito do que o efeito vinculante das decisões proferidas em ADPF, cuja previsão expressa reside em mera lei ordinária (Lei 9.882/1999). Todas elas - ADI, ADC e ADPF - são ações integrantes do controle abstrato de normas, de caráter objetivo, e nenhum dispositivo constitucional permite inferir que pudesse haver alguma razão jurídica apta a fundamentar distinção substancial quanto aos efeitos decorrentes das decisões nelas proferidas.

Prolatada a decisão, o Supremo Tribunal Federal comunicará as autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, íixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

Caso se trate de decisão em que seja reconhecida a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de ato normativo, a Corte Suprema poderá adotar todas as técnicas de decisão aplicáveis à ADI e à ADC, inclusive a interpretação conforme a Constituição, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, a declaração de lei ainda constitucional, a técnica de apelo ao legislador etc.

Se a decisão disser respeito a ato concreto, poderá declarar sua invalidade, impedindo a sua aplicação pelo Poder Público; se a ADPF for julgada improcedente, o ato será declarado legítimo.

Ao contrário das decisões proferidas em ADI e ADC, que só produzem efeitos a partir da publicação da ata de julgamento no Diário da Justiça, a decisão de mérito em ADPF produz efeitos imediatos, independentemente de publicação do acórdão.[98]

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de ADPF, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Esse dispositivo estabeleceu, entre nós, a possibilidade de o STF, em casos excepcionais e mediante *quorum* qualificado de dois terços, adotar a técnica da modulação (ou manipulação) temporal da declaração da inconstitucionalidade em ADPF. Valem, aqui, todos os comentários anteriormente expendidos sobre essa técnica, quando estudada a ação direta de inconstitucionalidade.

A inobservância da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ADPF, dada a sua eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, caracteriza grave violação de dever funcional, seja por parte das autoridades administrativas, seja por parte do magistrado, hipótese em que é cabível **reclamação** ao Pretório Maior contra o descumprimento da decisão por ele proferida.

Não se admite ação rescisória contra decisão proferida pelo STF em argüição de descumprimento de preceito fundamental."

Essa regra tem como fundamento o princípio de que a causa de pedir é aberta nos processos objetivos que integram o controle abstrato de normas. Em razão da causa de pedir aberta, tendo em vista o fato de o processo de ADPF ser objetivo, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir a decisão, o fará em face da Constituição inteira, e não só dos fundamentos apontados na inicial. Por isso, não é possível pretender-se nova apreciação da questão, mesmo que o novo pedido apresente fundamentação constitucional diversa do anterior.

[98] É o que dispõe o § 1.° do art. 10 da Lei n.° 9.882/1999: "O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente."

[99] Lei n.° 9.882/1999, art. 12.

QUADRO COMPARATIVO ENTRE ADI, ADC E ADPF				
	ITENS	**ADI**	**ADC**	**ADPF**
1	Pedido	Inconstitucionalidade	Constitucionalidade	Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade
2	Objeto	Leis e atos normativos federais e estaduais (e do DF, desde que no desempenho de competência estadual)	Leis e atos normativos federais	Leis e atos normativos federais, estaduais e municipais, inclusive os pré-constitucionais
3	Possibilidade de ter como objeto direto municipal	Não	Não	Sim
4	Legitimação	CF, art. 103, I ao IX	CF, art. 103, I ao IX	CF, art. 103, I ao IX
5	Exigência de "pertinência temática" para a propositura da ação	Sim, em relação aos legitimados especiais (Mesa de Assembléia Legislativa e da Câmara Legislativa do DF; Governador de Estado e do DF; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional)	Sim	Sim
6	Exigência de Comprovação, para o ajuizamento da ação, da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da lei	Não	Sim	Sim, para a ADPF ajuizada com base no art. 1.°, par. único, inciso I, da Lei n.° 9.882/1999 (ADPF incidental) Não, para a ADPF ajuizada com base no *caput* do art. 1 ° da Lei n.° 9.882/1999 (argüição autônoma)
7	Possibilidade de concessão de medida cautelar	Sim	Sim	Sim
8	Deliberação para concessão da medida cautelar	maioria absoluta, salvo em período de recesso, hipótese em que poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.	Idem	maioria absoluta, salvo em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou, ainda, em período de recesso, hipóteses em que poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

QUADRO COMPARATIVO ENTRE ADI, ADC E ADPF				
	ITENS	**ADI**	**ADC**	**ADPF**
9	Força da decisão concessiva da medida cautelar	(1) Susta, com eficácia *erga omnes* e força vinculante, a vigência da norma impugnada; (2) suspende o julgamento de todos os processos que envolvam a aplicação da lei impugnada; (3) torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo manifestação expressa do STF em sentido contrário.	Determinação, com eficácia *erga omnes* e força vinculante, para que os juizes e os tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo	(1) poderá sustar a eficácia do ato impugnado até o julgamento do mérito; (2) poderá consistir na determinação de que juizes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da ADPF, salvo se decorrentes da coisa julgada
10	Prazo de eficácia da medida cautelar	Não há previsão legal de prazo limite	180 dias	Não há previsão legal de prazo limite
11	Efeitos da medida cautelar	(1) Em regra, *ex nunc;* (2) poderá ser ex *tunc,* desde que o STF determine expressamente	Idem	Idem
12	Participação do Procurador-Geral da República	Sim	Sim	Sim
13	Participação do Advogado-Geral da União	Sim	Não	Sim
14	Natureza dúplice ou ambivalente	Sim	Sim	Sim
15	Quando a ação é julgada procedente, reconhece o STF...	A inconstitucionalidade da norma	A constitucionalidade da norma	Depende do pedido
16	Quando a ação é julgada improcedente, reconhece o STF...	A constitucionalidade da norma	A inconstitucionalidade da norma	Depende do pedido
17	Efeitos da decisão definitiva de mérito	Em regra: eficácia *erga omnes,* efeito vinculante e ex *tunc*	Idem	Idem

QUADRO COMPARATIVO ENTRE ADI, ADC E ADPP				
	ITENS	**ADI**	**ADC**	**ADPF**
18	Possibilidade de o STF reconhecer a inconstitucionalidade *pro futuro (ex nunc)*	Sim, desde que tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social e por maioria de dois terços dos membros do STF	Idem	Idem
19	Possibilidade de desistência da ação	Não	Não	Não
20	Possibilidade de desistência do pedido de medida cautelar	Não	Não	Não
21	Possibilidade de ação rescisória contra a decisão do STF	Não	Não	Não
22	Possibilidade de intervenção de terceiros não legitimados no processo	Não, exceto na condição de *amicus curiae*	Não, exceto na condição de *amicus curiae*	Não, exceto na condição de *amicus curiae*
23	*Quorum* para instalação da sessão de julgamento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade	A decisão somente poderá ser tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros	Idem	Idem
24	Votação	Proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma impugnada se num ou noutro sentido votarem pelo menos seis Ministros	Idem	Idem
25	Recorribilidade da decisão do STF	A decisão é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios	Idem	Idem
26	Possibilidade de ser instituída pelos estados-membros	Sim, desde que perante o Tribunal de Justiça, para o confronto de leis locais com a Constituição do estado	Idem	Idem
27	Prazo decadencial para o ajuizamento da ação	Não há	Idem	Idem

12.6. Representação interventiva

O art. 18 da Carta Política, ao versar sobre a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, estabelece que todos os entes federados, União, estados, Distrito Federal e municípios, são autônomos, nos termos estabelecidos no texto constitucional. Dessa forma, a regra geral no Brasil (como em todas as federações) é o reconhecimento de autonomia aos entes federados.

A autonomia política da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios é caracterizada pela capacidade de auto-organização e de legislação, bem como pelo autogovemo e auto-administração, prerrogativas conferidas a todos os entes federativos diretamente pelo texto constitucional.

A mesma Carta Magna admite, porém, o excepcional afastamento dessa autonomia política, diante do interesse maior de preservação da própria unidade federativa, por meio da intervenção de uma entidade política sobre outra. Por essa razão, frise-se, o afastamento temporário e parcial da autonomia de um ente federado é medida drástica e excepcional, que somente se justifica com o escopo de evitar um mal ainda maior: a desagregação da Federação.

Havendo afronta a algum dos princípios estabelecidos no texto constitucional como autorizadores da intervenção, esta funcionará como meio de restabelecer a autoridade da Carta Política, bem como a convivência harmônica entre os entes federados.

Conforme ensina o Prof. Alexandre de Moraes, a intervenção "consiste em medida excepcional de supressão temporária da autonomia de determinado ente federativo, fundada em hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional, e que visa à unidade e preservação da soberania do Estado Federal e das autonomias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".

Exatamente por constituir medida excepcional, a intervenção - seja ela federal ou estadual - somente poderá efetivar-se nas hipóteses taxativamente descritas na Constituição Federal (CF, arts. 34 e 35).

As hipóteses de intervenção classificam-se em: intervenção espontânea e intervenção provocada.

Há intervenção **espontânea** (ou de ofício) nas hipóteses em que a Constituição autoriza a efetivação da medida pelo Chefe do Poder Executivo, diretamente e por iniciativa própria. O Chefe do Executivo, dentro de seu juízo de discricionariedade, decide pela intervenção e, de ofício, a executa, independentemente de provocação de outros órgãos.

Há intervenção **provocada** quando a medida depende de iniciativa de algum órgão ao qual a Constituição tenha conferido tal competência. Nessas hipóteses, não pode o Chefe do Executivo, por sua iniciativa, decretar e executar a medida; dependerá ele da manifestação de vontade do órgão que recebeu incumbência constitucional para deflagrar a intervenção. Segundo a Constituição, a provocação poderá dar-se mediante **solicitação** ou **requisição.**

Dentre as hipóteses de intervenção provocada, interessam-nos especialmente, neste tópico, aquelas cm que a medida extrema depende de provimento, pelo Poder Judiciário, de ação direta ajuizada com tal escopo, por iniciativa da autoridade a quem a Constituição atribuiu legitimação processual ativa - o Procurador-Geral da República, na representação para intervenção federal, e o Procurador-Geral de Justiça, na representação para intervenção dos estados nos seus municípios.

Em todas as hipóteses em que a intervenção depende de provimento judicial com esse fim específico, a ação direta pertinente foi denominada, pela Constituição, **representação.** A doutrina, entretanto, reconhece que se trata de uma autêntica ação, motivo pelo qual importantes autores preferem chamar a representação interventiva de "ação direta de inconstitucionalidade interventiva". Especificamente, a representação cabível no caso de recusa à execução de lei tem sido denominada "ação de executoriedade de lei", haja vista que ela não visa à declaração da inconstitucionalidade, mas sim a assegurar a execução da lei.

Conquanto seja modalidade de controle concentrado, "a ação direta de inconstitucionalidade interventiva", no mais das vezes, não pode ser caracterizada como um controle **abstrato** de constitucionalidade, pois em muitas hipóteses não se trata de apreciação de lei ou ato normativo que, em tese, esteja em confronto com a Constituição, mas de impugnação de um ato concreto do estado ou do município. O mesmo raciocínio vale para a "ação de executoriedade de lei", mediante a qual é impugnada uma atuação ou omissão do ente federado que implica recusar-se ele a cumprir uma determinada lei. Em todos os casos, a representação interventiva tem por finalidade a ulterior decretação da intervenção, ou seja, ela representa um "controle direto, para fins concretos", no dizer de Alexandre de Moraes.

A representação interventiva foi introduzida no Brasil com a Constituição de 1934, mas foi só com a Constituição de 1946 que passamos a ter uma verdadeira ação direta de inconstitucionalidade da lei ou ato estadual infringente dos denominados princípios sensíveis, arrolados no texto constitucional.

A Constituição de 1967, inclusive após a Emenda n.° 1, de 1969, assim como a Constituição de 1988, mantiveram a mesma orientação inaugurada com a Constituição de 1946: a representação interventiva é ação direta que tem por fim a obtenção de um provimento judicial em que seja declarada a inconstitucionalidade de determinado ato, ou atuação, de estado ou de município (conforme se trate, respectivamente, de intervenção federal ou de intervenção estadual), expressamente previsto na Constituição Federal como ensejador da decretação da intervenção, para que o chefe do Poder Executivo, à vista dessa decisão judicial, possa decretar tal medida extrema de restrição temporária da autonomia do ente federativo.

No texto da Constituição de 1988 constata-se que, dentre as espécies de intervenção provocada, há três - duas na esfera federal e uma concernente

à intervenção dos estados nos respectivos municípios - que exigem decisão judicial prévia, prolatada no âmbito de representação interventiva.

Formalmente, as espécies de representação interventiva diferem entre si, essencialmente, quanto à autoridade legitimada ao ajuizamento da ação e quanto ao tribunal que detém a competência originária para julgamento.

No caso de recusa à execução de lei federal (CF, art. 34, VI) ou de ofensa aos denominados princípios sensíveis (CF, art. 34, VII), pelos estados ou pelo Distrito Federal, a intervenção depende de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República.[100] Conforme acima mencionado, a representação, na hipótese de recusa à execução de lei federal, tem sido denominada "ação de executoriedade de lei".

Na hipótese de inobservância, pelos municípios, de princípios indicados na Constituição estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial, a intervenção estadual é condicionada a que o Tribunal de Justiça dê provimento a representação do Procurador-Geral de Justiça - PGJ.

Em resumo, temos:

a) representação do PGR perante o STF no caso de ofensa aos princípios constitucionais sensíveis e de recusa à execução de lei federal (CF, art. 36, III);

b) representação do PGJ perante o TJ no caso de intervenção estadual em município, por inobservância de princípios indicados na Constituição estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial (CF, art. 35, IV).

São os seguintes os denominados princípios sensíveis cuja inobservância pelo estado-membro ou pelo Distrito Federal enseja o ajuizamento de representação interventiva para, em caso de provimento, a ulterior decretação, pelo Presidente da República, da intervenção federal:

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

b) direitos da pessoa humana;

c) autonomia municipal;

d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Deve-se frisar que o Poder Judiciário em nenhuma hipótese decreta a intervenção em qualquer ente federado. A decretação da intervenção é ato

[100] CF, art. 36, III, com a redação dada pela EC n.° 45/2004.

exclusivo do chefe do Poder Executivo (CF, art. 84, X). Apenas, nas hipóteses de intervenção provocada, o chefe do Executivo não tem a iniciativa da intervenção, dependendo de ato de outro órgão para deflagração do procedimento.

Nas hipóteses em que a intervenção depende de decisão judicial que dê provimento a representação interventiva, o procedimento de intervenção é deflagrado, na esfera federal, exclusivamente pelo Procurador-Geral da República, que, em razão de sua independência funcional, não está obrigado a ajuizar a representação quando entender que não se configura alguma das hipóteses constitucionais autorizadoras. Na esfera estadual, o procedimento é iniciado, também com exclusividade, pelo Procurador-Geral de Justiça, valendo para ele as mesmas observações sobre a discricionariedade de sua atuação.

A decisão proferida pelo Poder Judiciário limita-se a constatar e declarar que o ente federado desrespeitou algum dos princípios sensíveis estabelecidos na Constituição, ou negou-se a executar lei federal etc. Ela, por si só, não anula o ato, nem cria para o ente federado obrigação de fazer algo. Consiste a decisão judicial mera condição, simples pressuposto à atuação do chefe do Executivo, à adoção, por este, das medidas interventivas.

Julgada procedente a representação, o Poder Judiciário comunicará ao chefe do Poder Executivo, a fim de que este possa decidir sobre a execução do processo de intervenção e, se for o caso, empreender as medidas necessárias à sua efetivação.

A intervenção federal poderá, então, consumar-se pela edição de decreto do Presidente da República, desde que o Poder Judiciário tenha dado provimento à referida representação, e somente na hipótese de mostrar-se ineficaz a simples suspensão da execução do ato impugnado, conforme determina o art. 36, III, e § 3.°, da Constituição Federal.

Se for decretada a intervenção, o decreto correspondente não sofrerá controle político, vale dizer, não será objeto de apreciação pelo Congresso Nacional (intervenção federal) ou pela Assembléia Legislativa (intervenção estadual), nos termos do art. 36, § 3.°, da Carta Magna. A duração e os limites da intervenção serão determinados pelo Chefe do Poder Executivo, e constarão do decreto por ele expedido.

REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA	No caso de Ofensa aos princípios sensíveis (ADIn interventiva)	PGR	STF
	No caso de descumprimento de lei federal (Ação de executoriedade de lei federal)	PGR	STF
	No âmbito estadual, para o fim de intervenção em município	PGJ	TJ

12.7. Controle abstrato nos estados

12.7.1. Introdução

Conforme já analisado, qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário dispõe de competência para realizar o controle de constitucionalidade difuso, com o fim de afastar a aplicação das leis e atos normativos inconstitucionais aos casos concretos que lhes são submetidos. Nessa tarefa, os juizes e tribunais dos estados apreciam a validade das diferentes leis e atos do Poder Público, confrontando-os ora com a Constituição estadual, ora com a Constituição Federal.

Além desse controle difuso de constitucionalidade, realizado no curso dos processos concretos, os Tribunais de Justiça dos estados dispõem de competência para realizar o controle abstrato de leis e atos normativos estaduais e municipais, **sempre em face da Constituição estadual.**

A previsão expressa para que os estados-membros instituam o controle abstrato no seu âmbito consta do art. 125, § 2.°, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

> § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Como se vê, o supracitado dispositivo fixa a competência dos estados para instituição de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade na esfera estadual, mediante previsão da representação de inconstitucionalidade (leia-se: ação direta de inconstitucionalidade) na Constituição do estado, a ser julgada pelo Tribunal de Justiça, para a aferição do direito estadual e municipal **em face da Constituição estadual.**

Impende salientar que embora o texto constitucional tenha expressamente autorizado tão-somente a criação pelos estados da ADI (literalmente, "representação de inconstitucionalidade"), poderão os estados-membros instituir, também, as demais ações do controle abstrato (ADI por omissão, ADC e ADPF), em homenagem ao princípio da simetria, que vigora em nossa Federação.

72.7.2. Competência

As ações previstas pela Constituição do estado-membro para a efetivação do controle abstrato estadual, destinado a fiscalizar a constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, serão propostas perante o respectivo Tribunal de Justiça.

12.7.3. Legitimação

A Constituição Federal não enumerou os órgãos e entidades que estariam legitimados a propor, no âmbito estadual, as ações do controle abstrato, deixando ao legislador estadual essa tarefa.

No entanto, a Carta da República proíbe expressamente que o legislador estadual, ao regular a matéria, atribua a legitimação a um único órgão, dispondo ser "vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão".

Portanto, seria inconstitucional, em face da Constituição Federal, o dispositivo da Constituição do estado-membro que estabelecesse uma única autoridade ou um único órgão *(e.g.,* somente o Governador do Estado, ou somente a mesa da Assembléia Legislativa) como competente para instaurar o controle abstrato perante o Tribunal de Justiça.

Em regra, os diferentes estados-membros têm obedecido à simetria com o art. 103 da Constituição Federal na escolha dos seus legitimados ao controle abstrato local. Assim, se o art. 103 da Constituição Federal estabelece como legitimados os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, a Constituição do estado faz a devida adequação, elegendo como legitimados os partidos políticos com representação na assembléia legislativa; se no modelo federal, o Procurador-Geral da República é legitimado, na esfera estadual elege-se o Procurador-Geral de Justiça - e assim por diante.

Em que pese essa tendência espontânea de obediência à simetria com o art. 103 da Constituição Federal, há controvérsia no tocante à existência, ou não, de obrigatoriedade de os estados-membros observarem uma estrita simetria com o modelo federal. Em outras palavras, há dúvida quanto à necessidade de que os estados estabeleçam como legitimados ao controle abstrato estadual exatamente os órgãos e entidades locais correspondentes àqueles legitimados pela Constituição Federal (art. 103, I a IX), ou, diversamente, quanto à possibilidade de esses entes federados ampliarem ou restringirem o rol de legitimados apontados pelo art. 103, I a IX, da Carta da República.

No tocante à ampliação do rol de legitimados, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que não há vedação a que os estados-membros outorguem legitimação a outros órgãos públicos ou entidades, sem correspondência com aqueles enumerados no art. 103 da Constituição Federal. Nesse sentido, o Tribunal considerou constitucional a outorga, pela Constituição estadual, de legitimação para iniciar o controle abstrato local a deputados estaduais, comissões permanentes da Assembléia Legislativa, Procurador-Geral do Estado e da Defensoria Pública.[101] Esse mesmo entendimento foi ratificado em outro julgado, no qual foi admitida a

ADI 558/RJ, rei. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 26.03.1993. Deixou assente o relator: "No tocante ao controle direto de constitucionalidade no âmbito estadual, a única regra federal

outorga, pela Constituição do Estado do Paraná, de legitimação a deputados estaduais para a instauração do controle abstrato local.[102]

Assim, no tocante à ampliação da legitimação, além da correspondência com o art. 103 da Constituição Federal, parece-nos tranqüila a jurisprudência da Corte Suprema.

Não há, porém, jurisprudência firmada sobre a possibilidade de o estado-membro restringir o rol de legitimados estabelecido pela Constituição Federal. Poderia o estado-membro, ao eleger os seus legitimados ao controle abstrato local, restringir a enumeração trazida pelo art. 103 da Constituição Federal, deixando sem a condição de legitimado órgão ou entidade estadual correspondente ao modelo federal?

A nosso ver, a resposta é negativa. Ao ampliar significativamente os legitimados no modelo federal (CF, art. 103) - afastando o antigo monopólio do Procurador-Geral da República, vigente até a Constituição de 1969 - e vedar explicitamente o monopólio no controle abstrato a ser instituído pelos estados-membros (art. 125, § 2.°), parece-nos que a intenção do legislador constituinte originário foi democratizar consideravelmente o direito de iniciativa à fiscalização abstrata das leis e atos normativos do Poder Público.

De todo modo, se pudesse ser admitida, em tese, a restrição de iniciativa no controle abstrato estadual em relação a certos órgãos, entidades ou autoridades correspondentes aos legitimados do art. 103 da Constituição Federal, há pelo menos alguns que, pensamos, não poderiam de modo nenhum ser suprimidos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

Com efeito, embora a Constituição Federal, de forma explícita, limite-se a proibir a instituição do monopólio no controle abstrato estadual ("vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão"), parece-nos óbvio que seria flagrantemente inconstitucional a tentativa de a Constituição estadual excluir, por exemplo, o direito de iniciativa do chefe do Ministério Público do estado (Procurador-Geral de Justiça), em razão do insanável prejuízo que essa medida representaria ao exercício das atribuições constitucionais do Ministério Público, na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

12.7.4. Parâmetro de controle

É importante ressaltar que há nítida diferença entre o parâmetro de aferição de constitucionalidade utilizado no controle abstrato exercido pelo

a preservar é a do art. 125, § 2.°, CF, que autoriza os estados a instituir a representação de inconstitucionalidade e lhes veda apenas 'a atribuição para agir a um único órgão'."

[102] RE 261.677/PR, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 06.04.2006.

Supremo Tribunal Federal e o utilizado pelos Tribunais de Justiça dos estados, no âmbito do controle abstrato por estes exercido.

Com efeito, no controle abstrato efetuado pelo STF, o parâmetro é a Constituição Federal, ao passo que no controle abstrato realizado pelos Tribunais de Justiça dos estados, o parâmetro é a Constituição estadual. Em termos mais precisos, o STF aprecia em ação direta de inconstitucionalidade leis e atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição Federal, enquanto os Tribunais de Justiça dos estados apreciam em ação direta de inconstitucionalidade leis ou atos normativos estaduais ou municipais em confronto com a Constituição estadual.

A partir dessa diferenciação, destacamos, nos parágrafos seguintes, alguns relevantes aspectos jurídicos acerca do controle abstrato perante o STF e perante os Tribunais de Justiça dos estados (TJ).

O STF realiza controle abstrato em face da Constituição Federal, enquanto os tribunais de justiça somente realizam controle abstrato em confronto com a Constituição estadual. Assim é porque a Constituição Federal só autoriza que os estados-membros instituam controle abstrato em face da Constituição estadual (art. 125, § 2.°).

Com isso, as leis federais só poderão ser objeto de controle abstrato perante o STF, haja vista que os estados-membros só podem aferir, em tese, a validade de leis municipais ou estaduais. Podemos concluir, então, que o STF é o único tribunal do País que dispõe de competência para realizar controle abstrato de leis e atos normativos federais.

As leis municipais poderão ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante os Tribunais de Justiça, em confronto com a Constituição do estado, mas não poderão ser objeto de ação direta perante o STF, em face da Constituição Federal. O direito municipal somente poderá ser aferido no controle abstrato perante o STF por meio de argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

As leis estaduais estão sujeitas a uma dupla fiscalização por meio de ação direta de inconstitucionalidade. Poderão elas ser impugnadas em ADI perante os Tribunais de Justiça, em confronto com a Constituição estadual, bem como ser objeto de ADI perante o STF, em face da Constituição Federal. Significa dizer que uma mesma lei estadual poderá ser impugnada em duas diferentes ações diretas de inconstitucionalidade: uma ADI proposta perante o TJ, tendo como parâmetro a Constituição do estado; outra ADI proposta perante o STF, adotando como paradigma a Constituição Federal.

72.7.5. *Simultaneidade de ações diretas*

Vimos, no item precedente, que as leis e atos normativos estaduais estão sujeitos a um duplo controle de constitucionalidade abstrato em sede de ação di-

reta, um perante o Supremo Tribunal Federal (em confronto com a Constituição Federal) e outro perante o Tribunal de Justiça (ante a Constituição Estadual).

Em face dessa realidade, temos a possibilidade de uma mesma lei estadual vir a ser impugnada, simultaneamente, em duas distintas ações diretas, uma proposta perante o Tribunal de Justiça, outra proposta diretamente perante o Supremo Tribunal Federal. Vale dizer, um legitimado pelo art. 103 da Constituição Federal poderá propor uma ação direta perante o Supremo Tribunal Federal impugnando certa lei e, durante o procedimento dessa ação, um legitimado no âmbito estadual pode ajuizar, perante o Tribunal de Justiça, outra ação direta, impugnando a mesma lei - ou vice-versa.

Ocorrendo essa hipótese, cabe-nos examinar o seguimento que deverá ser dado aos processos abstratos, instaurados perante os dois tribunais do Poder Judiciário.

Para examinarmos a questão, temos antes que saber qual a natureza da norma da Constituição estadual em face da qual a lei estadual foi impugnada, na forma explicitada a seguir.

A Constituição do estado possui normas de natureza autônoma e, também, normas de reprodução obrigatória da Constituição Federal. São chamadas "normas autônomas" todas aquelas que não são de reprodução obrigatória da Constituição Federal, isto é, aquelas normas peculiares ao estado (criadas pelo poder constituinte decorrente) e aquelas espontaneamente copiadas da Constituição Federal, sem que isso fosse obrigatório. Diferentemente, são chamadas normas "de reprodução obrigatória da Constituição Federal" aquelas normas da Constituição do estado que representam simples repetição (obrigatória) do texto da Constituição Federal, porque, em relação a estas, o poder constituinte decorrente não dispõe de escolha, estando forçado a reproduzi-las no texto da Constituição do estado (é o caso, por exemplo, das regras sobre sistema eleitoral, imunidade, inviolabilidade, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às forças armadas dos congressistas, que, por força do art. 27, § 1.°, da Constituição Federal, são de observância obrigatória pelos estados em relação aos deputados estaduais).

É oportuno observar, ainda, que a jurisprudência do STF equipara, às normas da Constituição estadual que, textualmente, reproduzem dispositivo da Constituição Federal de observância obrigatória, as normas da Constituição estadual de caráter remissivo, que façam referência a dispositivo da Constituição Federal de observância obrigatória, sem reproduzi-lo. Ambas recebem o tratamento dispensado às normas da Constituição estadual "de reprodução obrigatória da Constituição Federal". Como ilustração, um hipotético preceito de determinada Constituição estadual estaria fazendo simples **remissão a um dispositivo da Constituição Federal de observância obrigatória** se sua redação fosse algo como:

> Art. 69. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, aplicam-se ao Estado e aos Municípios as vedações ao poder de tributar, previstas no art. 150 da Constituição Federal.

Note-se que não foi textualmente reproduzido o art. 150 da Constituição Federal, mas, para todos os efeitos, esse hipotético art. 69 (de caráter remissivo) seria tratado como uma norma da Constituição estadual "de reprodução obrigatória da Constituição Federal".[103]

Estabelecida a distinção entre normas da Constituição estadual "autônomas" e normas da Constituição estadual "de reprodução obrigatória da Constituição Federal", temos o seguinte. Se certo dispositivo de uma lei estadual for impugnado em ação direta perante o Tribunal de Justiça por ofensa a norma da Constituição estadual que seja **de reprodução obrigatória da Constituição Federal,** o Tribunal de Justiça dará início ao processo e julgamento da ação. Mas, se durante o procedimento dessa ação direta estadual, for proposta perante o Supremo Tribunal Federal uma ação direta impugnando o mesmo dispositivo da lei estadual, em confronto com a Constituição Federal, quando o Supremo Tribunal Federal conhecer desta ação, será determinada a suspensão do procedimento da ação direta perante o Tribunal de Justiça. Ao final, como o parâmetro para o exame da validade da lei estadual é o mesmo nas duas ações diretas (porque o parâmetro da Constituição estadual é norma de reprodução obrigatória da Constituição Federal), a decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal obrigará o Tribunal de Justiça, por força do efeito vinculante da decisão em ação direta pelo STF. Enfim, a decisão de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal, quer tenha reconhecido a constitucionalidade, quer tenha reconhecido a inconstitucionalidade da lei estadual, é dotada de efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário, obrigando, portanto, o Tribunal de Justiça, que se limitará a seguir o entendimento firmado pelo STF.

Diferentemente, se uma ação direta estadual impugna dispositivo de certa lei estadual em face de **norma autônoma** da Constituição estadual (isto é, que não seja de reprodução obrigatória da Constituição Federal) e, durante o curso desta ação perante o Tribunal de Justiça, for proposta outra ação direta contra o mesmo dispositivo da lei estadual frente ao Supremo Tribunal Federal, por ofensa a norma da Constituição Federal, os dois tribunais estarão examinando a validade da lei frente a parâmetros distintos (afinal, neste caso, o parâmetro da Constituição estadual não é mera reprodução obrigatória da Constituição Federal, mas sim norma autônoma). Ao final, caso o Supremo Tribunal Federal declare a lei estadual inconstitucional em confronto com a Constituição Federal, o Tribunal de Justiça não mais poderá considerá-la constitucional (pois, se a lei estadual contraria a Constituição Federal, não poderá ela permanecer no

[103] Rcl 4.432/TO, rei. Min. Gilmar Mendes, 27.09.2006.

ordenamento jurídico, independentemente de quaisquer outras considerações); entretanto, caso o Supremo Tribunal Federal declare a lei estadual constitucional em face da Constituição Federal, o Tribunal de Justiça prosseguirá, autonomamente, no julgamento da ação direta que impugna a lei em face da Constituição do estado, podendo declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade desta (porque é possível que a lei estadual não contrarie a Constituição Federal, mas seja incompatível com a Constituição do estado).

Observe que, nesta última hipótese, mesmo o Supremo Tribunal Federal tendo declarado a constitucionalidade da lei estadual em ação direta, é possível que o Tribunal de Justiça venha a reconhecer, ulteriormente, a inconstitucionalidade da mesma lei. Isso porque os dois tribunais examinam a validade da norma frente a distintos parâmetros constitucionais, haja vista que o parâmetro da Constituição estadual é autônomo em relação à Constituição Federal (não se trata de norma de reprodução obrigatória). O contrário, porém, não é possível, porque se o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade da lei, será ela retirada do ordenamento jurídico, por ofensa à Lei Maior, nada importando a sua relação com a Constituição estadual. Em conclusão, podemos afirmar que a lei estadual só permanecerá no ordenamento jurídico se os dois tribunais declararem a sua constitucionalidade; se qualquer dos tribunais declarar a inconstitucionalidade, a lei será retirada do ordenamento jurídico, por ofensa à Constituição Federal (se a inconstitucionalidade for pronunciada pelo STF) ou por ofensa à Constituição do estado (se a declaração da inconstitucionalidade emanar do TJ).

Nessa linha de entendimento, cabe observar que existe, nas duas situações acima examinadas, a possibilidade de uma lei estadual ser declarada constitucional pelo Tribunal de Justiça em ação direta e, numa outra ação direta ajuizada **posteriormente** perante o Supremo Tribunal Federal, a mesma lei estadual vir a ser declarada inconstitucional. Nessa hipótese, evidentemente prevalecerá a decisão firmada pelo Supremo Tribunal Federal, que retirará a lei do ordenamento jurídico. Isso porque o Tribunal de Justiça, em ação direta, avalia a validade da lei em confronto com a Constituição do estado, ao passo que o Supremo Tribunal Federal afere sua validade em face da Constituição Federal.

Porém, ao contrário do expendido no parágrafo anterior, se o Tribunal de Justiça declara, no controle abstrato, a inconstitucionalidade de uma lei estadual, não faz mais sentido cogitar da impugnação da mesma lei em ação direta perante o Supremo Tribunal Federal. Isso porque a decisão do Tribunal de Justiça que proclame, em tese, a inconstitucionalidade da lei é dotada de eficácia *erga omnes*, retirando a lei do ordenamento jurídico, por ofensa à Constituição estadual. Logo, não se justificaria impugnar a mesma lei - que já fora retirada do ordenamento jurídico por força da decisão do Tribunal de Justiça - em ação direta perante o Supremo Tribunal Federal.

Por fim, um ponto sobremaneira relevante deve ser destacado: as regras aqui estudadas, a respeito do controle abstrato perante o Tribunal de Justiça, não podem ser confundidas com as aplicáveis ao controle concreto, também realizado por esse tribunal estadual, na via difusa.

Com efeito, vimos que no controle abstrato o Tribunal de Justiça não aprecia a validade de normas federais, mas, unicamente, de normas estaduais e municipais. Essa restrição, no entanto, **não** se aplica ao controle difuso, realizado pelo Tribunal de Justiça diante das controvérsias concretas a ele submetidas. No controle difuso, não há vedação a que o Tribunal de Justiça aprecie a validade de normas federais. O Tribunal de Justiça, como qualquer outro tribunal ou juiz do País, pode declarar a inconstitucionalidade de normas federais, desde que no âmbito do controle difuso, diante de casos concretos.

Foi acima expendido, também, que o Tribunal de Justiça só realiza controle abstrato em face da Constituição estadual, jamais em confronto com a Constituição Federal. A competência para realizar controle abstrato tendo como parâmetro a Constituição Federal é exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Essa restrição, porém, **não** se aplica à atuação do Tribunal de Justiça no controle difuso, vale dizer, o Tribunal de Justiça realiza, sim, controle de constitucionalidade das leis em face da Constituição Federal, desde que na via difusa, diante de casos concretos a ele submetidos.

72.7.6. *Recurso extraordinário contra decisão de ADI estadual*

Foi visto anteriormente que o Tribunal de Justiça só realiza controle abstrato de normas estaduais e municipais em confronto com a Constituição do estado. Significa dizer que um dos legitimados pela Constituição estadual poderá impugnar no controle abstrato perante o Tribunal de Justiça leis ou atos normativos estaduais e municipais, e o Tribunal de Justiça apreciará a validade dessas normas sempre em face da Constituição do estado.

Assim, sabendo que o controle abstrato nos estados-membros é realizado em confronto com a Constituição estadual, e que o Tribunal de Justiça é o órgão máximo do Judiciário do estado, podemos concluir que, em regra, a decisão do Tribunal de Justiça no controle abstrato é irrecorrível, não está sujeita a recurso a outros tribunais.

Porém, há uma situação em que a decisão do Tribunal de Justiça, proferida no controle abstrato, poderá ser objeto de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, para que esta Corte firme o entendimento final sobre a matéria, confirmando ou reformando a decisão do Tribunal de Justiça, na forma a seguir examinada.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na hipótese de ajuizamento de ação direta perante o Tribunal de Justiça na qual se ale-

gue que a lei impugnada ofendeu dispositivo da Constituição estadual que reproduza norma da Constituição Federal de observância obrigatória pelos estados-membros (ou dispositivo da Constituição estadual que faça remissão a uma norma da Constituição Federal de observância obrigatória pelos estados-membros), contra a decisão do TJ há a possibilidade de interposição de recurso extraordinário para o STF.[104]

Vejamos uma situação hipotética. Suponha-se que uma lei - estadual ou municipal - seja impugnada em ação direta perante o Tribunal de Justiça, por alegada ofensa ao art. 40 da Constituição do estado, e esse artigo seja mera reprodução de um determinado dispositivo da Constituição Federal. Nessa hipótese, o Tribunal de Justiça apreciará a ADI, firmando sua posição sobre a validade da lei local. Porém, como o dispositivo da Constituição estadual eleito como parâmetro para a apreciação da validade da lei local é mera reprodução de norma da Constituição Federal, contra a decisão do Tribunal de Justiça poderá ser interposto recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal.

Note-se que, nessa situação, o recurso extraordinário - recurso constitucional típico do controle concreto, nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal - está sendo utilizado no âmbito do controle abstrato, instaurado perante o Tribunal de Justiça. Logo, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a decisão por ele proferida nesse recurso extraordinário será dotada de eficácia *erga omnes*, por se tratar de controle abstrato, ainda que a via do recurso extraordinário seja própria do controle difuso, eficácia essa que se estende a todo o território nacional.[105]

Em decorrência dessa eficácia *erga omnes*, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nesse recurso extraordinário, caso seja declarada a inconstitucionalidade da lei, não será comunicada ao Senado Federal, para o fim da suspensão da execução da lei por essa Casa Legislativa, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal. Afinal, se a própria decisão do Supremo Tribunal Federal já é dotada de eficácia *erga omnes*, retirando a norma do ordenamento jurídico, não há que se cogitar a suspensão da execução dessa norma pelo Senado Federal.

Ademais, deixou assente o Supremo Tribunal Federal a desnecessidade de obtenção da maioria absoluta no julgamento desse recurso extraordinário interposto contra a decisão proferida na representação de inconstitucionalidade ajuizada perante o Tribunal de Justiça, isto é, não tem aplicação a essa hipótese a reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal.[106]

Essa situação excepcional de interposição de recurso extraordinário no âmbito do controle abstrato instaurado perante o Tribunal de Justiça é denominada

[104] ADI 1.268/MG, rei. Min. Carlos Velloso, 20.09.1995.
[105] RE 187.142/RJ, rei. Min. limar Galvão, 13.08.1998.
[106] Pet AgR 2.788/RJ, rei. Min. Carlos Velloso, 24.10.2002.

pela doutrina "controle abstrato no modelo difuso". Isso porque, em termos precisos, temos a realização do controle abstrato (instaurado a partir da propositura da ação direta estadual, na qual a validade da lei é apreciada em tese, sem referência a nenhum caso concreto) de modo difuso (porque realizado perante mais de um tribunal). Enfim, temos uma hipótese excepcional de controle abstrato (haja vista que a norma foi impugnada, em tese, perante o Tribunal de Justiça) realizado de forma difusa, porque a controvérsia será apreciada por mais de um tribunal do Poder Judiciário (em sede de ação direta, pelo Tribunal de Justiça e, ulteriormente, em recurso extraordinário, pelo STF).

Relevante destacar que essa situação ocorre diante da impugnação de lei estadual ou municipal em face de dispositivo da Constituição estadual que seja norma de reprodução obrigatória da Constituição Federal, quando não há a propositura de ações diretas simultâneas. Isso porque, conforme já analisado, diante de parâmetro de reprodução obrigatória, sempre que houver a propositura de duas ações diretas paralelas (uma no TJ, outra no STF), a decisão de mérito da ação direta julgada pelo Supremo Tribunal Federal é dotada de efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, hipótese em que só caberá ao Tribunal de Justiça seguir o entendimento firmado pelo STF (neste caso, obviamente, não há que se falar no cabimento de recurso extraordinário).

72.7.7. *Distrito Federal*

A União possui competência para a instituição de ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos editados pelo Distrito Federal em confronto com sua Lei Orgânica, cujo julgamento compete ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).

A competência da União para dispor sobre a organização judiciária do Distrito Federal tem assento constitucional, constando dos arts. 22, inciso XVII, e 48, inciso IX, da Carta da República.

Portanto, vale frisar, as leis e os atos normativos distritais podem ter sua legitimidade aferida abstratamente em face da Lei Orgânica do Distrito Federal, em sede de ação direta, a ser proposta perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).

Note-se que a dessemelhança do controle abstrato no Distrito Federal em relação aos estados-membros está na competência para a instituição dessa fiscalização abstrata. Assim, enquanto nos estados-membros a competência para instituir o controle abstrato pertence a esses próprios entes federados, na respectiva Constituição estadual, no Distrito Federal cabe à União criar a fiscalização abstrata das leis e atos normativos distritais em face da Lei Orgânica, pois somente ela dispõe de competência para legislar sobre a organização do Poder Judiciário no Distrito Federal, por força do art. 22, inciso XVII, da Constituição Federal.

No Distrito Federal, portanto, o controle abstrato não é instituído pela Câmara Legislativa e não está vazado em sua Lei Orgânica, mas sim em lei federal, editada pelo Congresso Nacional, em razão do art. 22, inciso XVII, da Constituição Federal.[107]

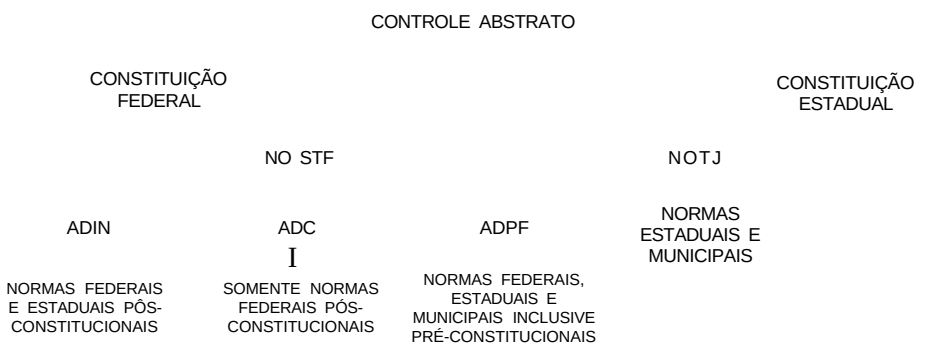
72.7.8. *Representação interventiva*

A Constituição Federal prevê, também, a instituição pelos estados-membros da denominada representação interventiva (ADI interventiva), destinada a legitimar eventual intervenção do estado nos seus municípios, nas estritas hipóteses constitucionalmente admitidas.

Reza o art. 35, IV, da Constituição Federal que os estados poderão intervir nos seus municípios caso o Tribunal de Justiça dê provimento à representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

Uma vez instituída a representação interventiva estadual, a legitimação para sua propositura é exclusiva do Procurador-Geral de Justiça, chefe do Ministério Público estadual (CF, 129, IV).

Segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, a decisão do Tribunal de Justiça na representação interventiva para viabilizar a intervenção estadual no município reveste-se de caráter político-administrativo, sendo, portanto, definitiva. Assim, da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça na representação interventiva estadual não cabe recurso para o Supremo Tribunal Federal.[108]



O controle abstrato das leis e atos normativos do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica está disciplinado no art. 8.° da Lei Federal n.° 8.185/1991, com a redação dada pelo art. 30 da Lei n.° 9.868/1999.

STF, Súmula 637: "Não cabe recurso extraordinário contra acórdão de Tribunal de Justiça que defere pedido de intervenção estadual em Município."

Capítulo 14

DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

1. INTRODUÇÃO

Em um Estado democrático de direito, o texto constitucional protege valores dos mais diferentes grupos da sociedade e estabelece uma distribuição de poderes entre eles, de tal sorte que haja um equilíbrio estável de forças, em que nenhum desses grupos possa dominar os demais, tampouco romper o equilíbrio constitucionalmente desejado.

Esse equilíbrio de forças é o que caracteriza - e preserva - a ordem jurídica constitucional. Assim, enquanto a concorrência entre os diferentes grupos estiver ocorrendo dentro dos limites constitucionais, a democracia e as instituições do Estado estarão preservadas. Entretanto, quando a competição entre os grupos sociais extrapola os parâmetros jurídicos preestabelecidos, surge a chamada *crise constitucional*, que, se não for bem administrada, provocará o rompimento do equilíbrio constitucional, fragilizando as instituições democráticas.

Esse equilíbrio constitucional - delineado constitucionalmente tendo em vista as situações de normalidade da vida do Estado - poderá também ser afetado por situações outras que não a desarmonia entre os grupos sociais, como a guerra externa ou agressão armada estrangeira ou calamidades de grandes proporções na natureza.

Constatada uma situação de crise constitucional, a Constituição Federal de 1988 autoriza a adoção de certas medidas de exceção - estado de defesa e estado de sítio -, com o fim de fazer frente à anormalidade manifestada e

restabelecer a ordem. Durante a execução dessas medidas, o poder de repressão do Estado é ampliado, mediante a autorização para que sejam impostas aos indivíduos restrições e suspensões de certas garantias fundamentais, em locais específicos e por prazo certo, sempre no intuito de restabelecer a normalidade constitucional.

Enfim, quando uma dessas situações de exceção se instaura, manifesta-se o chamado *sistema constitucional das crises*, assim considerado "o conjunto ordenado de normas constitucionais, que, informadas pelos princípios da necessidade e temporalidade, tem por objeto as situações de crises e por finalidade a mantença ou o restabelecimento da normalidade constitucional".[1]

Antes de examinarmos as regras constitucionais acerca das medidas de exceção - estado de defesa e estado de sítio -, é importantíssimo ressaltar que durante a execução dessas medidas excepcionais não impera o arbítrio do Estado, haja vista que este só poderá agir nos estritos termos e limites estabelecidos pela Constituição da República. Significa dizer que toda a atuação do Estado deve fiel obediência aos requisitos e limites impostos pela Constituição, sob pena de nulidade e da ulterior responsabilização política, criminal e cível dos executores da medida. Significa, também, que nem todos os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos poderão ser restringidos ou suspensos, mas tão-somente aqueles em relação aos quais há expressa autorização constitucional. Valores fundamentais como o direito à vida, à dignidade humana, à honra, ao acesso ao Poder Judiciário etc. deverão ser preservados, pois, como se disse acima, não se trata de situação de arbítrio estatal, mas sim de uma legalidade extraordinária, minuciosamente regrada na Constituição Federal.

Exatamente por esse motivo, segundo entendimento doutrinário cediço, a execução dessas medidas excepcionais só será validada se estiverem presentes, pelo menos, três requisitos: (a) *necessidade* (as medidas só deverão ser decretadas diante de situações fáticas cuja gravidade torne imprescindível a sua adoção); (b) *temporalidade* (as medidas deverão vigorar somente pelo prazo necessário ao restabelecimento da normalidade, sob pena de se converterem em arbítrio ou ditadura); (c) *obediência irrestrita aos comandos constitucionais* (a atuação do Estado deverá obedecer fielmente às regras e limites constitucionais, sob pena de ulterior responsabilização - política, criminal e cível - dos executores).

2. ESTADO DE DEFESA

Estabelece a Constituição Federal que o Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decre-

[1] Aricê Moacyr Amaral Santos, citado por José Afonso da Silva.

tar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza (art. 136).

2.1. Pressupostos

São duas, portanto, as situações excepcionais que autorizam a decretação do estado de defesa, a saber:

a) a existência de grave e iminente instabilidade institucional que ameace a ordem pública ou a paz social;

b) a manifestação de calamidades de grandes proporções na natureza, que atinjam a ordem pública ou a paz social.

O estado de defesa é medida de exceção mais branda do que o estado de sítio, adiante estudado, e corresponde às antigas *medidas de emergência*, que vigoravam no regime constitucional pretérito. Seu objetivo é restabelecer a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções da natureza (note-se que não é qualquer calamidade pública que legitima a decretação do estado de defesa; a Constituição exige que o estado de calamidade seja de grande proporção e que, ademais, gere situação de grave perturbação à ordem pública ou à ordem social).

Como medida mais branda, **não** exige autorização **prévia** do Congresso Nacional para a sua decretação. O Presidente da República a decreta e, ulteriormente, dentro de vinte e quatro horas, submete o ato com a respectiva justificação à apreciação do Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta. Se o Congresso estiver em recesso, será convocado extraordinariamente, no prazo de cinco dias, devendo apreciar o decreto no prazo de dez dias contados do seu recebimento e continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa. Na apreciação da medida, o Congresso Nacional concluirá por sua *aprovação* ou por sua *rejeição*. Se aprovada a medida, prossegue sua execução; se rejeitada, cessarão imediatamente os seus efeitos, sem prejuízo da apuração da responsabilidade pelos ilícitos cometidos pelos seus executores.

Entretanto, a decretação do estado de defesa exige a **prévia** audiência do Conselho da República (CF, arts. 89 e 90) e do Conselho de Defesa Nacional (CF, art. 91). A manifestação desses dois Conselhos é obrigatória, sob pena da inconstitucionalidade da decretação do estado de defesa. Porém, a manifestação deles é meramente opinativa, não vinculante. Significa que

mesmo tais Conselhos opinando contra a decretação da medida, o Presidente da República poderá decretá-la, se assim entender conveniente.

O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, na forma comentada adiante.

2.2. Prazo

O prazo de duração do estado de defesa não poderá ser superior a trinta dias, admitida uma única prorrogação, por igual período (ou por período menor), se persistirem as razões que justificaram a sua decretação. Caso haja a expiração desse prazo, incluída a prorrogação, sem o restabelecimento da ordem pública ou da paz social, o remédio será a decretação do estado de sítio, com base na autorização prevista no art. 137, I, da Constituição Federal.

2.3. Abrangência

O estado de defesa visa a reprimir ameaças à ordem pública ou à paz social em **locais restritos** e **determinados.** A área a ser abrangida pelo estado de defesa será especificada pelo Presidente da República no decreto que instituir a medida. A Constituição Federal não estabelece limites objetivos para a definição de "locais restritos e determinados", mas uma interpretação sistemática do texto constitucional leva a concluir que não pode ela ter amplitude nacional, pois, nesse caso (isto é, no caso de comoção grave de repercussão nacional), a medida a ser adotada seria o estado de sítio, conforme determina o art. 137, I, da Lei Maior.

2.4. Medidas coercitivas

Durante a execução do estado de defesa, temos a adoção de um regime especial, no qual são provisoriamente sacrificados alguns direitos e garantais individuais no interesse superior da ordem pública ou da paz social, resguardando-se, em última análise, a própria liberdade e segurança dos cidadãos. Assim, durante o estado de defesa poderão vigorar, nos termos e limites fixados em lei,[2] certas medidas coercitivas de restrição de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, dentre as seguintes:

Note-se que a Constituição Federal está a exigir a elaboração de uma lei ordinária que estabeleça os termos e limites para a adoção de medidas coercivas contra as pessoas durante a execução do estado de defesa.

a) restrições aos direitos de reunião, ainda que exercida no seio das associações, de sigilo de correspondência e de sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

b) ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

Observe que as restrições previstas na letra "a" podem ser adotadas durante o estado de defesa decretado com fundamento em quaisquer das situações constitucionalmente admitidas, enquanto a ocupação e uso de bens, previstos na letra "b", somente poderão ser adotados na hipótese de estado de defesa decretado em decorrência de calamidades de grandes proporções.

Na vigência do estado de defesa, a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial. Essa comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação.

O executor da medida poderá, também, determinar a prisão de qualquer pessoa por outros motivos que não seja o cometimento de crime contra o Estado, mas, nesse caso, a prisão ou detenção não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário.

Em qualquer caso, é vedada a incomunicabilidade do preso, a fim de que ele tenha possibilidade de provocar o controle judicial da legalidade de seu encarceramento, uma vez que, mesmo durante a medida de exceção constitucionalmente autorizada, deve o Estado atuar em conformidade com o Direito, nos estritos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, e não arbitrariamente.

2.5. Controle

Conforme dito antes, o estado de defesa não é situação de arbítrio, mas sim situação extraordinária constitucionalmente regrada. É verdade que o juízo de conveniência da decretação da medida cabe ao Presidente da República, desde que ocorra uma das situações constitucionais autorizadoras. Mas, para decretá-la e executá-la, deverá o Presidente da República observar fielmente as normas constitucionais de regência, sob pena da inconstitucionalidade da medida e da responsabilização decorrente. Exatamente por esse motivo, a decretação do estado de defesa sujeita-se a controles *político* e *jurisdicional.*

O controle político é realizado pelo Congresso Nacional, em três momentos distintos.

Em primeiro lugar, compete ao Congresso Nacional apreciar, no prazo de dez dias contados do seu recebimento, o decreto que institui (ou prorroga) o estado de defesa, para o fim de, por maioria absoluta de seus membros, aprová-lo (hipótese em que prossegue a sua execução) ou rejeitá-lo (hipótese em que os efeitos da medida cessarão imediatamente).

Da mesma forma, o Legislativo exerce um controle *concomitante* da execução do estado de defesa. Com efeito, determina a Constituição Federal que a Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará Comissão composta de cinco de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa.

Por último, o Congresso Nacional realiza um controle *sucessivo (a posteriori)* do estado de defesa, pois, após a sua cessação, as medidas aplicadas durante a sua vigência serão relatadas pelo Presidente da República, em mensagem ao Congresso Nacional, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas.

O controle jurisdicional é exercido pelo Poder Judiciário, tanto durante a execução do estado de defesa, quanto *a posteriori*, após a cessação dos efeitos da medida. Assim, durante a execução do estado de defesa, o Poder Judiciário poderá ser provocado para reprimir eventuais abusos e ilegalidades cometidos pelos executores, especialmente mediante a impetração de mandado de segurança e *habeas corpus*. De igual forma, mesmo após a cessação do estado de defesa, o Poder Judiciário poderá ser chamado a apurar a responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes.

Entretanto, cabe ressaltar que a doutrina e jurisprudência convergem em afirmar que a fiscalização jurisdicional do estado de defesa deverá se restringir ao chamado *controle de legalidade*. Significa dizer que o Poder Judiciário não dispõe de competência para o exame do juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República para a decretação do estado de defesa. Esse ato discricionário do Presidente da República, de natureza essencialmente política, não se sujeita à fiscalização do Poder Judiciário.

3. ESTADO DE SÍTIO

Determina a Constituição Federal que o Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

a) comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; ou

b) declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

O estado de sítio constitui medida mais grave do que o estado de defesa. Uma vez decretado, estabelece-se uma *legalidade constitucional extraordinária*, na qual é permitida a suspensão temporária de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, como forma de reverter a anormalidade em curso.

3.1. Pressupostos

A decretação do estado de sítio exige a prévia audiência do Conselho da República (CF, arts. 89 e 90) e do Conselho de Defesa Nacional (CF, art. 91). A manifestação desses dois Conselhos é obrigatória, sob pena de inconstitucionalidade da decretação da medida. Porém, a manifestação deles é meramente opinativa, não vinculante. Significa que mesmo tais Conselhos opinando contra a decretação da medida, o Presidente da República poderá decretá-la, se obtiver a necessária autorização do Congresso Nacional, por maioria absoluta de seus membros.

Ao contrário do estado de defesa, a decretação do estado de sítio exige **prévia** autorização do Congresso Nacional. Com efeito, por constituir medida mais grave, o Presidente da República deve solicitar a autorização do Congresso Nacional para decretar o estado de sítio, sob pena de absoluta inconstitucionalidade do ato. Ao solicitar a autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, o Presidente da República relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por **maioria absoluta.** Caso a autorização para decretar o estado de sítio seja solicitada durante o recesso parlamentar, o Presidente do Senado Federal, de imediato, convocará extraordinariamente o Congresso Nacional para se reunir dentro de cinco dias, a fim de apreciar o ato, permanecendo em funcionamento até o término das medidas coercitivas.

Desse modo, a instauração do estado de sítio depende do cumprimento de três requisitos formais, quais sejam:

a) audiência do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional;

b) autorização do Congresso Nacional, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, em face de solicitação fundamentada do Presidente da República;

c) expedição do decreto pelo Presidente da República.

O decreto de estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois

de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.

3.2. Duração

A duração máxima do estado de sítio dependerá da causa de sua decretação, na forma a seguir explicitada.

No caso de decretação com fundamento no inciso I do art. 137 - comoção grave de repercussão nacional ou ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa -, o estado de sítio não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior a trinta dias. Veja que a expressão constitucional "de cada vez" permite sucessivas prorrogações do estado de sítio, desde que cada uma das prorrogações não ultrapasse o prazo de trinta dias. Vale lembrar, ainda, que cada prorrogação deverá ser fundamentada pelo Presidente da República e **previamente** autorizada pelo Congresso Nacional, por maioria absoluta dos seus membros.

Caso o estado de sítio seja decretado com fundamento nas situações autorizadoras do inciso II do art. 137 - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira -, poderá a medida ser decretada por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira.

3.3. Abrangência

Estabelece a Constituição Federal que, depois de publicado o decreto de instituição do estado de sítio, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as **áreas abrangidas.** Dessa forma, as áreas abrangidas pelo estado de sítio **não** precisarão constar, especificamente, do decreto que o instituir, devendo ser ulteriormente designadas pelo Presidente da República.

Em verdade, a motivação para a decretação do estado de sítio será, em regra, uma anormalidade de caráter nacional (em princípio, na hipótese de a anormalidade atingir apenas locais restritos e determinados, será cabível apenas a decretação do estado de defesa). Não obstante, apesar de os pressupostos para a decretação de estado de sítio serem situações de alcance ou repercussão nacional, as medidas coercitivas não necessariamente abrangerão todas as áreas do território nacional (mas podem ter tal abrangência, se necessário, diferentemente do que ocorre na decretação de estado de defesa). Sejam quais forem as áreas abrangidas pelas medidas, repita-se, o Presidente da República só precisa designá-las **depois** de editado o decreto de instituição do estado de sítio.

3.4. Medidas coercitivas

As medidas coercitivas que poderão ser tomadas contra as pessoas também dependerão da causa que fundamentou a decretação do estado de sítio.

Assim, se o estado de sítio for decretado com fundamento no inciso I do art. 137 - comoção grave de repercussão nacional ou ineficácia das medidas tomadas durante o estado de defesa -, só poderão ser adotadas contra as pessoas as seguintes medidas:

a) obrigação de permanência em localidade determinada;

b) detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

c) restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

d) suspensão da liberdade de reunião;

e) busca e apreensão em domicílio;

f) intervenção nas empresas de serviços públicos;

g) requisição de bens.

Garante-se, entretanto, a manutenção de um canal ativo de comunicação entre a sociedade e os parlamentares, porquanto estes - que, ademais, realizam o controle político da execução do estado de sítio - têm amplamente assegurada sua liberdade de manifestação. Deveras, estabeleceu a Constituição que **não** se inclui, nas restrições cabíveis durante o estado de sítio, a possibilidade de vedação à **difusão de pronunciamentos** de parlamentares efetuados em suas casas legislativas, desde que liberada pela respectiva mesa.

No caso de estado de sítio decretado com fundamento nas situações autorizadoras vazadas no inciso II do art. 137 - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira -, a Constituição Federal **não** estabeleceu os limites que deverão ser observados na imposição de medidas coercitivas contra as pessoas. Significa dizer que, em tese, as restrições poderão ser mais amplas, atingindo outras garantias fundamentais além daquelas autorizadas pelo art. 139 para o caso de estado de sítio decretado com fundamento no inciso I do art. 137 da Carta da República. Mas, para que sejam adotadas tais medidas coercitivas contra as pessoas, será indispensável o cumprimento dos seguintes requisitos: (a) justificação quanto à necessidade de adoção das medidas pelo Presidente da República; (b) aprovação das medidas coercitivas pelo Congresso Nacional, por maioria

absoluta de seus membros; (c) previsão expressa da adoção das medidas no decreto que instituir o estado de sítio.

3.5. Controle

Assim como o estado de defesa, o estado de sítio não permite arbítrio, haja vista que todo o regramento e limites impostos pela Constituição deverão ser respeitados, sob pena de inconstitucionalidade da medida. Assim, a fim de que sejam obedecidos os preceitos constitucionais, o estado de sítio se sujeita aos controles *político* e *jurisdicional.*

O controle político é realizado pelo Congresso Nacional, e pode ser dividido em três diferentes modalidades: um *controle preventivo,* porquanto a decretação do estado de sítio depende de autorização prévia do Congresso Nacional; um *controle concomitante,* uma vez que a Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará comissão composta de cinco de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de sítio; e um *controle sucessivo,* pois, logo que cesse o estado de sítio, as medidas aplicadas em sua vigência serão reportadas pelo Presidente da República, em mensagem, ao Congresso Nacional, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas.

O controle jurisdicional é exercido pelo Poder Judiciário, tanto durante a execução do estado de sítio, quanto *a posteriori,* após a cessação dos efeitos da medida. Assim, durante a execução da medida, o Poder Judiciário poderá ser provocado para reprimir eventuais abusos e ilegalidades cometidas pelos executores, especialmente mediante a impetração de mandado de segurança e *habeas corpus.* De igual forma, mesmo após a cessação do estado de sítio, o Poder Judiciário poderá ser chamado a apurar a responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes, conforme prevê o art. 141 da Constituição Federal.

Em verdade, qualquer pessoa que se sinta prejudicada pelas medidas adotadas pelo Presidente da República, ou pelos executores do estado de sítio, com desrespeito às prescrições e limites constitucionais, poderá recorrer ao Poder Judiciário para responsabilizá-los e requerer a reparação do dano que lhe tenha sido causado.

Entretanto, cabe ressaltar que a doutrina e jurisprudência convergem em afirmar que a fiscalização jurisdicional do estado de sítio deverá se restringir ao chamado *controle de legalidade.* Significa dizer que o Poder Judiciário não dispõe de competência para o exame do juízo de conveniência e oportunidade do Congresso Nacional (que autoriza a medida) e do Presidente da República (que decreta a medida) para a imposição do estado de sítio. Essa

atuação discricionária do Congresso Nacional e do Presidente da República, de natureza essencialmente política, não se sujeita à fiscalização do Poder Judiciário.

4. FORÇAS ARMADAS

Estabelece a Constituição que as Forças Armadas, integradas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos Poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Observe-se que a competência das forças armadas para a garantia da lei e da ordem é meramente subsidiária, uma vez que essas atribuições são ordinariamente desempenhadas pelas forças da segurança pública, que compreendem a polícia federal e as polícias civil e militar dos estados e do Distrito Federal. Tanto é assim que a intervenção das forças armadas na defesa da lei e da ordem depende da iniciativa de um dos Poderes constitucionais, vale dizer, do Supremo Tribunal Federal, do Congresso Nacional ou da Presidência da República. Sem a provocação de um desses Poderes, a atuação das forças armadas na garantia da lei e da ordem pública é inconstitucional.

Os membros das Forças Armadas são denominados militares e estão sob a chefia superior do Presidente da República. A Emenda Constitucional n.° 23/1999 extinguiu os antigos Ministérios do Exército, da Aeronáutica e da Marinha, criando, em substituição a eles, com *status* de Ministro de Estado, os cargos de Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, além do Ministério da Defesa, a ser ocupado exclusivamente por brasileiro nato (art. 12, § 3.°, VII). Repita-se, embora os Comandantes do Exército, da Aeronáutica e da Marinha não sejam propriamente "Ministros de Estado", a referida emenda constitucional manteve o mesmo *status* de Ministro de Estado a eles, assegurando-lhes o direito ao foro especial perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "c") e o Senado Federal (art. 52, I), além da prerrogativa de serem originariamente julgados perante o Superior Tribunal de Justiça os mandados de segurança e os *habeas corpus* contra atos dessas autoridades, bem como o *habeas corpus* quando tais autoridades figurarem como autoridade coatora (art. 105, I, "b" e "c").

Como as Forças Armadas são organizadas com base na hierarquia e na disciplina, atualmente temos o seguinte: internamente, elas se subordinam, hierárquica e disciplinarmente, aos respectivos Comandantes do Exército, da Aeronáutica e da Marinha, todos integrados no Ministério da Defesa, devendo

ser obedientes, ainda, ao Presidente da República, que corporifica o comando supremo das três forças.

Determina a Constituição que não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares (art. 142, § 2.°).

A razão dessa vedação é que o meio militar segue regras próprias de conduta, de hierarquia e disciplina, bem mais rígidas do que as que imperam no âmbito civil, e, portanto, não faria sentido o magistrado, alheio às peculiaridades das corporações militares, substituir a avaliação da autoridade militar acerca do cabimento da imposição de uma punição disciplinar.

Entretanto, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, essa vedação há que ser interpretada com certo abrandamento, no sentido de que não caberá *habeas corpus* em relação ao **mérito** das punições disciplinares militares.[1]

Significa dizer que a Constituição não impede a impetração de *habeas corpus* para que o Poder Judiciário examine os pressupostos de legalidade da medida adotada pela autoridade militar, tais como a competência da autoridade militar, o cumprimento dos procedimentos estabelecidos no regulamento militar, a pena suscetível de ser aplicada ao caso concreto - dentre outros.

São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas e as leis que disponham sobre militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva (art. 61, § 1.°, I, e II, "f"). Aplicam-se aos militares, além das que vierem a ser fixadas nessas leis de iniciativa privativa do Presidente da República, as seguintes disposições (art. 142, § 3.°):

> I - as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas;
>
> II - o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente será transferido para a reserva, nos termos da lei;
>
> III - O militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antigüidade, contando-se-lhe o tem-

[3] HC 70.648/RJ, 1ª T., rei. Min. Moreira Alves, DJU 04.03.1994.

po de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei;

IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve;

V - o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos;

VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;

VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;

VIII - aplica-se aos militares o disposto no art. 7.°, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV;

IX - (Revogado pela Emenda Constitucional n.° 41/2003.);

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

O serviço militar é obrigatório nos termos da lei (art. 143). Entretanto, como a Constituição Federal reconhece a escusa de consciência no art. 5.°, VIII, que desobriga o alistado do serviço militar obrigatório, **desde que cumpra prestação alternativa,** compete às Forças Armadas, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

Esse dispositivo constitucional está regulamentado pela Lei n.° 8.239/1991, que dispõe sobre o serviço alternativo ao serviço militar obrigatório. Determina a lei que cabe ao Estado-Maior das Forças Armadas, em coordenação com o Ministério da Defesa e os Comandantes militares, atribuir serviços alternativos aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência decorrente de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar. Ainda segundo a lei, considera-se "serviço militar alternativo" o exercício

de atividade de caráter administrativo, assistencial ou filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar.

O serviço alternativo será prestado em organizações militares da atividade e em órgãos de formação de reservas das Forças Armadas ou em órgãos subordinados aos ministérios civis, mediante convênios entre estes e o Ministério da Defesa, desde que haja interesse recíproco e, também, que sejam atendidas as aptidões do convocado. Ao final do período de atividade alternativa, será conferido certificado de prestação alternativa ao serviço militar obrigatório, com os mesmos efeitos jurídicos do certificado de reservista, conferido àqueles que cumprem o serviço militar propriamente dito.

Oportuno ressaltar que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o serviço militar obrigatório pode ser remunerado com valor inferior ao salário mínimo, haja vista que os conscritos, na prestação do serviço militar, não se enquadram como trabalhadores na acepção que o inciso IV do artigo 7.° da Constituição Federal empresta ao conceito.[4] Esse entendimento restou consolidado na **Súmula Vinculante** n.° **6** do STF, nos termos seguintes:

"Não viola a Constituição da República o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para os praças prestadores de serviço militar inicial."

Vale lembrar que aquele que invocar imperativo de consciência para furtar-se à prestação do serviço militar obrigatório (art. 5.°, VIII) e recusar-se a cumprir a prestação alternativa, sujeitar-se-á à suspensão dos direitos políticos, nos termos do art. 15, IV, da Constituição Federal.

A Constituição prevê, ainda, uma isenção quanto ao serviço militar obrigatório, ao dispor que as **mulheres** e os **eclesiásticos** ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir (art. 143, § 2.°).

5. SEGURANÇA PÚBLICA

Preceitua a Constituição Federal que a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

a) polícia federal;

b) polícia rodoviária federal;

[4] RE 570.177, rei. Min. Ricardo Lewandowski, 30.04.2008.

c) polícia ferroviária federal;

d) polícias civis;

e) polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Consoante salienta o Prof. Alexandre de Moraes, "a multiplicidade dos órgãos de defesa da segurança pública, pela nova Constituição, teve dupla finalidade: o atendimento aos reclamos sociais e a redução da possibilidade de intervenção das Forças Armadas na segurança interna".

A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública.

Aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

Os municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

Finalmente, determina a Constituição Federal que a remuneração dos servidores policiais será fixada na forma de **subsídio,** prevista no § 4.° do art. 39 do texto constitucional.

Capítulo 15

SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 trata do sistema tributário nacional em seus arts. 145 a 162.

Especificamente, o texto constitucional dispõe acerca de "princípios gerais" nos arts. 145 a 149-A, sobre as "Limitações do Poder de Tributar" nos arts. 150 a 152, estabelece as competências dos diversos entes federados para a instituição de **impostos** nos arts. 153 a 156 e, por fim, traça as regras de "Repartição das Receitas Tributárias" nos arts. 157 a 162. Além disso, ao dispor sobre a "Ordem Social", especialmente sobre a "Seguridade Social", a Constituição aduz diversas normas tributárias, merecendo menção as constantes do art. 195, do art. 239 e do art. 240. Até mesmo nas disposições acerca da "Ordem Econômica" há normas tributárias, como a estabelecida no art. 177, § 4.°, sobre a contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE) incidente sobre operações com combustíveis. Cabe mencionar, ainda, que há regras de competência tributária específicas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), como as concernentes ao extinto imposto provisório sobre movimentações financeiras (IPMF) e sobre a contribuição provisória sobre movimentações financeiras (CPMF), extinta desde 1.° de janeiro de 2008, além de outras normas tributárias, como a do art. 94, também do ADCT, sobre cessação da vigência dos regimes especiais de tributação das microempresas e empresas de pequeno porte próprios dos entes federados a partir da entrada em vigor do regime tributário geral favorecido dessas

pessoas jurídicas, o "Simples Nacional", previsto no art. 146 da parte permanente da Constituição.[1]

A Constituição de 1988 reformulou substancialmente o sistema tributário vigente no ordenamento constitucional anterior. Não foi uma reestruturação total, drástica, mas foi bastante abrangente. De toda sorte, nada obstante esse rearranjo, a maior parte dos dispositivos de nossa lei nacional de normas tributárias, o Código Tributário Nacional (Lei n.° 5.172, de 25 de outubro de 1966), restou recepcionada pela nova Constituição, em face de sua compatibilidade material com seus preceitos. A par desse fato, é importante registrar, como veremos à frente, que o Código Tributário Nacional (CTN) foi recepcionado pela Carta de 1988 com o *status* de **lei complementar,** porque é esta a espécie normativa exigida pelo art. 146 da Constituição para tratar de normas gerais tributárias.

O art. 34 do ADCT determinou que "o sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda n.° 1, de 1969, e pelas posteriores". Entretanto, em seu § 1.°, o mesmo art. 34 deu vigência imediata a alguns dos dispositivos do novo sistema tributário nacional.

Em nossa opinião, o sistema tributário nacional delineado pelo constituinte originário de 1988 pretendia ser um sistema racional e bastante rígido, com claro estabelecimento das competências tributárias de cada ente federado, das normas relativas ao exercício e às limitações ao exercício dessas competências e das regras acerca da repartição, dos entes federados maiores para os menores, do produto da arrecadação de alguns impostos (originalmente, só a espécie tributária **imposto** estava sujeita a repartição de receita).

As principais "válvulas de escape", instituídas com o fim de evitar a excessiva ancilose do sistema, eram a previsão de competência residual para a criação de impostos pela União, obedecidas as exigências plasmadas no inciso I do art. 154, e o estabelecimento de competência residual para a União instituir contribuições de seguridade social incidentes sobre fontes diversas das enumeradas nos incisos do art. 195, desde que atendidas as condições do § 4.° do mesmo art. 195 da Constituição.

Essa visão do sistema tributário como um todo racional e razoavelmente rígido acabou não prevalecendo, à luz da jurisprudência do STF. Com efeito, com a promulgação da Emenda Constitucional n.° 3/1993, o constituinte derivado operou relevantes modificações no sistema originalmente estruturado.

O "Simples Nacional", em vigor desde 1.° de julho de 2007, foi instituído pela Lei Complementar n.° 123, de 14 de dezembro de 2006.

Assim, dentre outras alterações, suprimiu uma competência municipal e uma competência estadual para a instituição de imposto e criou uma competência federal, para a instituição do IPMF.

A nosso ver, esse foi o momento em que o STF poderia ter decidido que o constituinte derivado não teria a faculdade de perpetrar alterações dessa ordem no sistema tributário, em um caso - supressão de competências -, porque alteraria o equilíbrio federativo, encontrando óbice no art. 60, § 4.°, inciso I, da Constituição, e, no outro - criação de uma competência para a União instituir um imposto -, porque estava sendo menoscabado o art. 154, inciso I, que estabelece regras rígidas para a criação de novos impostos pela União, regras estas que resguardariam a racionalidade jurídica e econômica do sistema.

Em suma, ao permitir que o constituinte derivado modifique, suprima e crie competências para a instituição dos mais diversos tributos, sem qualquer atenção à estruturação dada ao sistema tributário nacional pelo constituinte originário, o Supremo Tribunal Federal possibilitou a quase total aniquilação de sua racionalidade e organicidade, o que, na prática, resultou em uma enorme concentração de receitas tributárias nas mãos da União, em detrimento dos demais entes federados, profligando o equilíbrio federativo, e em graves distorções econômicas, uma vez que passaram a incidir múltiplos tributos - mormente uma miríade de contribuições - sobre idênticas bases econômicas.

A situação de desarranjo tornou-se tão patente que a EC n.° 42/2003 chegou ao ponto de instituir competência, de efetividade assaz duvidosa, para o Senado Federal "avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios" (art. 52, XV).

De toda sorte, o fato é que o sistema tributário nacional hoje existente resulta de modificações trazidas por uma enorme quantidade de emendas ao texto originário da Constituição e, embora não prime pela acurácia continuarmos falando em um "sistema", é essa a expressão que usaremos para nos referirmos a ele, porque ainda é a empregada pela Constituição. Passemos a analisar, em linhas gerais, as suas disposições.

2. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

A Constituição Federal não cria tributos, ela estabelece competências para que os entes federados os instituam.

A competência tributária é, em seu aspecto essencial, uma competência legislativa. Trata-se do poder atribuído pela Constituição Federal aos entes federados para que eles editem leis que, abstratamente, instituam tributos. A própria Constituição Federal especifica os tributos que cada uma das pessoas políticas tem competência para criar.

As competências **administrativas** tributárias - fiscalizar, arrecadar, executar normas, cobrar judicialmente dívidas tributárias - acompanham naturalmente a competência legislativa para criar tributos, vale dizer, quando a Constituição confere a competência tributária a uma pessoa política (que é a competência legislativa para **criar** o tributo), automaticamente confere, também, a competência administrativa para **exigir** aquele tributo.

Impende anotar que a doutrina costuma distinguir de forma clara as expressões "competência tributária" e "capacidade tributária ativa". A primeira delas é exclusiva dos entes federados e refere-se à possibilidade de editar a **lei** que instituirá, em abstrato, um tributo. A segunda - capacidade tributária ativa - refere-se às competências administrativas concernentes à fiscalização, cobrança, arrecadação, enfim, à administração do tributo. Em resumo, a competência tributária consubstancia-se no poder de **criar** tributo e a capacidade ativa traduz-se nas atribuições de **administrar** e **exigir** determinado tributo.

A competência tributária é absolutamente indelegável. Ela só pode ser utilizada pela pessoa política que a recebeu da Constituição Federal e, mesmo que não seja efetivamente exercida, não se transfere a qualquer outra pessoa. A capacidade tributária ativa, diferentemente, pode ser delegada pela pessoa política que detenha a competência tributária a uma outra pessoa jurídica de direito público. Observe-se que a competência tributária é atribuída exclusivamente aos entes federados, pois se trata de uma competência legislativa, ao passo que a capacidade tributária ativa pode ser delegada também para pessoas meramente administrativas, desde que sejam pessoas jurídicas de direito público, como as autarquias.

É freqüente, no Brasil, a delegação de capacidade tributária ativa a autarquias, para a exigência de contribuições relacionadas a atividades que essas autarquias realizem. Isso ocorre, por exemplo, com a maioria das agências reguladoras e com os conselhos fiscalizadores de profissões regulamentadas.

A pessoa que possui a capacidade tributária ativa figura como **sujeito** ativo na relação jurídica tributária, tenha ou não, também, a competência tributária.

2.1. Competência para legislar sobre Direito Tributário

A competência tributária não se confunde com a competência para legislar sobre Direito Tributário.

A primeira, como vimos, é a competência que a Constituição distribui entre os entes federados para que cada qual possa criar, mediante lei própria, determinados tributos.

Diferentemente, o uso da competência para legislar sobre Direito Tributário não resulta na criação de nenhum tributo, mas sim na expedição de normas acerca dos elementos integrantes da relação jurídica tributária, ou a ela relacionados, dos procedimentos pertinentes à exigência do tributo, da criação, modificação e extinção do crédito tributário etc. Assim, legislar sobre Direito Tributário significa editar normas que definam fato gerador, obrigação tributária, sujeito passivo, sujeito ativo, lançamento, crédito tributário etc.

O art. 24 da Constituição atribui **competência concorrente** à União, aos estados e ao Distrito Federal para legislar sobre Direito Tributário. Como visto em capítulo anterior desta obra, no uso da competência concorrente, cabe à União editar **normas gerais** e aos estados e Distrito Federal **suplementar** as normas gerais da União, mediante lei própria de cada um. Caso não existam, ou deixem de existir, as normas gerais da União, os estados e o DF exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades; cada um editará leis sobre normas gerais que obrigarão somente a eles próprios. A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual ou do DF, no que estas lhe forem contrárias.

Conjugando-se o § 1.° do art. 24 da Constituição com o seu art. 146, chega-se à conclusão de que, especificamente no que tange ao Direito Tributário, as normas gerais da União devem ser veiculadas em lei complementar. Observe-se a redação dos citados dispositivos (grifamos):

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> I - **direito tributário,** financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
>
> § 1.° - No âmbito da legislação concorrente, a competência da **União** limitar-se-á a estabelecer **normas gerais.**
>
> Art. 146. Cabe à **lei complementar:**
>
> **I** - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
>
> II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;
>
> III - estabelecer **normas gerais** em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

> a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
>
> b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
>
> c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas;
>
> d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.
>
> Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso **III,** 'd', também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que:
>
> I - será opcional para o contribuinte;
>
> **II** - poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado;
>
> **III** - o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento;
>
> IV - a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.

Portanto, a lei de normas gerais tributárias, lei nacional, deve ser uma **lei complementar** da União.

O diploma que exerce a função de lei de normas gerais tributárias no Brasil é, atualmente, o Código Tributário Nacional (CTN). O CTN - Lei n.° 5.172, de 25 de outubro de 1966 - foi editado na vigência da Constituição de 1946, que não previa a existência de leis complementares em nosso ordenamento. A Constituição de 1967, diferentemente, exigia lei complementar para tratar de normas gerais tributárias, mas não dava exemplo de nenhuma matéria que devesse assim ser considerada. A Constituição de 1988 foi bem mais detalhada. Além de exigir lei complementar para todas as matérias arroladas nos incisos I a **III** do art. 146, fez uma lista de alguns assuntos que devem ser considerados normas gerais.

O Código Tributário Nacional foi editado como lei ordinária. Entretanto, em razão da teoria da recepção, o CTN hoje integra nosso ordenamento com

status de **lei complementar.** Assim, todos os seus dispositivos que sejam materialmente compatíveis com a Constituição vigente foram por ela recepcionados, permanecendo em vigor, com *status* de lei complementar, vale dizer, somente uma lei complementar pode revogá-los ou alterá-los. Evidentemente, os preceitos do CTN que sejam materialmente incompatíveis com a Carta da República foram por ela revogados.

É relevante observar, ainda, que nem todas as matérias arroladas no art. 146 da Constituição estão tratadas no CTN. Com efeito, nada há no Código Tributário Nacional acerca do "adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas" (CF, art. 146, III, "c"). Na verdade, não existe nenhuma lei complementar atualmente dispondo acerca dessa matéria.

Da mesma forma, está previsto na alínea "d" do inciso III do art. 146 da Constituição, acrescentada pela EC n.° 42/2003, que uma lei complementar estabeleça um tratamento tributário diferenciado e favorecido para as microempresas (ME) e para as empresas de pequeno porte (EPP). No parágrafo único do art. 146, também acrescentado pela EC n.° 42/2003, é facultado à mesma lei complementar instituir, para as ME e EPP, um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições de todos os entes federados.

Nada há no CTN - nem poderia haver, uma vez que a alínea "d" do inciso III do art. 146 da Constituição, e o parágrafo único do mesmo artigo, foram acrescentados pela EC n.° 42/2003 - acerca desse regime tributário favorecido geral das ME e EPP, nem do regime unificado de arrecadação dos tributos por elas devidos.

Esse regime geral favorecido das ME e EPP, abrangendo todos os entes federados, bem como o regime único de arrecadação, foram instituídos pela Lei Complementar n.° 123, de 14 de dezembro de 2006, que os intitulou "Simples Nacional", com vigência desde 1.° de julho de 2007. Com a entrada em vigor do "Simples Nacional", cessou a vigência de todos os regimes especiais de tributação para ME e EPP específicos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (os quais foram editados, mediante lei ordinária do próprio federado, com estribo no art. 179 da Constituição), por força do disposto no art. 94 do ADCT, também acrescentado pela EC n.° 42/2003.

De outra parte, registra-se que há normas gerais tributárias cuja edição está prevista em outros dispositivos da Constituição, que não o seu art. 146, e que também não estão no CTN. As mais importantes são as normas gerais relativas ao imposto estadual sobre a circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal (ICMS), a que se refere o art. 155, § 2.°, inciso XII, estabelecidas na Lei Complementar n.° 87/1996, e as normas gerais acerca do imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza, estatuídas na Lei Complementar n.° 116/2003.

Por fim, cabe mencionar que a EC n.° 42/2003 acrescentou ao texto constitucional o art. 146-A, que traz uma regra de competência que não se enquadra, nem como competência tributária, nem exatamente como competência para legislar sobre Direito Tributário.

Nos termos desse art. 146-A, "**lei complementar** poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo".

A menção, na parte final do dispositivo, à competência da União para, mediante lei (e, nesse caso, lei ordinária), "estabelecer normas de igual objetivo" - proteção da concorrência - remete ao disposto nos §§ 4.° e 5.° do art. 173 da Carta Política, que prevêem a edição de leis destinadas a reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, bem como responsabilizar as pessoas jurídicas por atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

3. CONCEITO DE TRIBUTO E ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS INTEGRANTES DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

3.1. Conceito de tributo

A Constituição não traz nenhuma definição genérica de tributo. A doutrina e a jurisprudência, entretanto, são uniformes em afirmar que o conceito de tributo vazado no CTN é tecnicamente apropriado, chegando muitos a afirmar que ele estaria mesmo implícito no texto constitucional.

Nos termos do art. 3.° do CTN, "tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

Conquanto haja razoável consenso acerca da definição de tributo, no que respeita à classificação das espécies tributárias integrantes de nosso sistema tributário grassa interminável controvérsia.

O art. 5.° do CTN, de forma que se pretendia taxativa, estatui: "os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria". Trata-se da consagração da denominada "escola tricotômica", na época incensada pelos mais ilustres tributaristas pátrios, para a qual toda e qualquer exação que se enquadre no conceito de tributo deverá ser identificada como uma dessas três espécies, não sendo relevante o nome adotado pela lei, nem a destinação do produto da arrecada-

ção. Para essa escola, deve-se classificar uma espécie tributária analisando-se unicamente a sua hipótese legal de incidência, e esta indicará estar-se diante de um imposto, ou de uma taxa, ou de uma contribuição de melhoria, não importa qual seja o nome adotado pela lei ou o destino da arrecadação.

A partir da Constituição de 1988, o STF firmou o entendimento de que **cinco** espécies tributárias distintas integram o sistema tributário nacional, **não** apenas três. Essa posição jurisprudencial - classificação qüinqüipartida - tem sido acolhida por boa parte da doutrina, e é a que adotaremos nesta obra. Dessarte, nosso sistema tributário é integrado pelas seguintes espécies tributárias:

1) impostos;
2) taxas;
3) contribuições de melhoria;
4) empréstimos compulsórios;
5) contribuições.

Os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria estão genericamente previstos no art. 145 da Constituição. Os empréstimos compulsórios são tratados no art. 148. As contribuições (não incluídas as contribuições de melhoria) têm sua regra geral de competência estabelecida no art. 149 da Constituição. Entretanto, em diversos outros dispositivos, a Carta Política detalha competências relativas a determinadas contribuições, merecendo especial referência o art. 195, que traça o regramento da maior parte das contribuições para custeio da seguridade social. Por fim, a EC n.° 39/2002 acrescentou à Constituição o art. 149-A, que estabelece competência para os municípios e o DF instituírem contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública (CIP).

Vejamos as características gerais e as linhas mestras do regramento constitucional das diferentes espécies tributárias.

3.2. Impostos

A Constituição não apresenta nenhuma definição genérica de imposto. Mesmo o CTN traz mais um conceito por exclusão do que propriamente uma definição. De toda sorte, diz o art. 16 do CTN:

> Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

A doutrina denomina tributos **não-vinculados** os tributos cuja hipótese legal de incidência descreve um fato econômico concernente ao contribuinte, nunca uma atividade estatal específica. Para a escola tricotômica, todo e qualquer tributo com uma hipótese legal de incidência dessa natureza seria um imposto.

O certo é que todos os impostos têm hipóteses de incidência não-vinculadas, ou seja, nunca o fato gerador da obrigação de pagar um imposto será alguma atividade estatal específica.

Os impostos, além de terem o fato gerador sempre não-vinculado, têm, como regra geral, vedada a vinculação de sua arrecadação a despesas específicas.

Essa disposição encontra-se no art. 167, inciso IV, da Constituição, que diz:

> Art. 167. São vedados:
>
> IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2.°, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8.°, bem como o disposto no § 4.° deste artigo;[2]

Os impostos são tributos, em regra, discriminados. Isso significa que a Constituição delineia, ela própria, os fatos econômicos e as bases econômicas sobre os quais podem ser instituídos impostos. A doutrina costuma afirmar que a competência para a instituição de impostos é uma competência privativa, significando que somente a pessoa a quem a Constituição atribuiu determinado imposto poderá criá-lo.

Os impostos discriminados da União encontram-se arrolados no art. 153 da Constituição. São eles:

1) Imposto sobre importação de produtos estrangeiros (II);

[2] O § 4° do art. 167, mencionado no dispositivo transcrito, permite aos estados, DF e municípios vincularem receita de impostos para prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamentos de débitos para com ela.

2) Imposto sobre exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (IE);

3) Imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza (IR);

4) Imposto sobre produtos industrializados (IP1);

5) Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF);

6) Imposto sobre propriedade territorial rural (ITR);

7) Imposto sobre grandes fortunas (IGF).

A União é o único ente federado que, além de impostos discriminados, possui competências para a instituição de impostos não discriminados. Os impostos não discriminados estão previstos no art. 154 da Constituição. São eles:

1) Impostos residuais (art. 154, I);

Os impostos residuais, ou impostos instituídos no uso da denominada **competência residual,** estão previstos no inciso I do art. 154 da Constituição, nestes termos:

> Art. 154. A União poderá instituir:
>
> I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;

Portanto, três requisitos são exigidos para que seja legítima a instituição de um imposto residual:

a) lei complementar;

b) que a hipótese legal de incidência descreva um fato gerador e uma base de cálculo distintos dos fatos geradores e das bases de cálculo dos demais impostos discriminados na Constituição;

c) que seja adotada a técnica da não-cumulatividade (tratando-se de imposto que incida em etapas de cadeias de produção-circulação de bens ou serviços, deve ser possibilitado, em cada etapa, o desconto do valor do imposto devido nas etapas anteriores).

2) Impostos extraordinários de guerra (art. 154, II).

Os impostos extraordinários de guerra (IEG) são instituídos no uso da denominada **competência extraordinária,** assim descrita no inciso II do art. 154 do texto constitucional:

> Art. 154. A União poderá instituir:
>
> II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

Os IEG são **impostos,** não uma espécie tributária "sui generis". Dessarte, a lei deverá estabelecer como hipótese de incidência um fato econômico pertinente ao contribuinte, não uma atividade do Estado.

Os IEG devem ser instituídos mediante lei ordinária (ou medida provisória).

São exceção ao princípio da anterioridade do exercício financeiro e ao princípio da noventena (CF, art. 150, § 1.º). Significa dizer que, publicada a lei ou a medida provisória que institua ou aumente um IEG, seus efeitos podem ser imediatos. Além disso, a medida provisória que institua um IEG não está sujeita à exigência de conversão em lei até 31 de dezembro, prevista no art. 62, § 2.°, da Constituição. Ela sempre poderá produzir efeitos imediatos.

Os IEG podem ter como hipótese de incidência qualquer fato econômico relativo ao sujeito passivo. Foi isso que a Constituição tencionou dizer com "compreendidos ou não em sua competência tributária". Exemplificando, a União poderia instituir um IEG sobre a propriedade de veículos (um IEG-PVA), sobre a propriedade de imóveis urbanos (um IEG-PTU), sobre prestação de serviços (um IEG-SS) sobre produtos industrializados (um IEG-IPI) etc. Poderia mesmo escolher uma hipótese de incidência totalmente diferente das previstas para os impostos discriminados na Constituição, desde que seja hipótese de incidência própria de imposto.

Por fim, ainda acerca das competências federais para a instituição de impostos, releva mencionar que, nos termos do art. 147 da Constituição, à União compete a instituição de impostos estaduais nos Territórios federais e, se estes não forem divididos em municípios, cabe a ela, também, a instituição dos impostos municipais. E a chamada **competência cumulativa** da União.

Os impostos discriminados dos estados e do Distrito Federal encontram-se arrolados no art. 155 da Constituição. São eles:

1) imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos (ITCD);

2) imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS);

3) imposto sobre propriedade de veículos automotores (IPVA).

Os impostos discriminados dos municípios e do Distrito Federal estão enumerados no art. 156 da Constituição. São eles:

1) imposto sobre propriedade predial e territorial urbana (IPTU);

2) imposto sobre transmissão *inter vivos*, por ato oneroso, de bens imóveis e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição (ITBI);

3) imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS).

Constata-se que o Distrito Federal também possui competência tributária cumulativa, pois a ele competem os impostos estaduais e os municipais, consoante preceitua o art. 147 da Constituição.

3.3. Taxas

As taxas são uma das espécies tributárias integrantes do Sistema Tributário Nacional. Estão apenas mencionadas na Constituição, no art. 145, inciso II, e § 2.°. A Constituição não faz nenhuma outra referência às taxas, senão para estabelecer uma imunidade (CF, art. 5.°, XXXIV).

Diz o texto constitucional:

> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
>
> II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;
>
> § 2.° As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

A doutrina afirma que as taxas são espécie de tributo **vinculado,** isto é, o fato gerador de uma taxa é uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte.

Os tributaristas tradicionais classificam como "competência comum" a competência para a instituição de taxas. Em nossa opinião, essa denominação não é tecnicamente acurada, pois dá a idéia, incorreta, de que qualquer ente federado possa instituir a taxa que bem entenda, a seu exclusivo talante.

O que ocorre é que, sendo o fato gerador de uma taxa sempre uma determinada atividade administrativa estatal, será competente para instituir uma taxa que tenha como fato gerador a atividade "X" o ente federado que realize a atividade "X". Por exemplo, somente a União pode exercer a fiscalização dos mercados financeiros, portanto, somente a União pode instituir taxa sobre a fiscalização de mercados financeiros; somente os municípios podem prestar o serviço de coleta domiciliar de lixo, logo, somente os municípios podem instituir taxa de lixo, e assim por diante. Caso se trate de uma atividade que enseje a instituição e cobrança de taxa e esteja inserida no âmbito da competência administrativa comum (CF, art. 23), cada ente federado que a realize poderá instituir e cobrar a taxa pelo respectivo exercício da atividade.

As atividades estatais que ensejam a instituição de uma taxa são:

1) o exercício do poder de polícia administrativa;

O "poder de polícia", ou, mais propriamente, a atuação administrativa fundada no poder de polícia, é toda limitação ou condicionamento ao exercício de atividades privadas pelos administrados, impostos com vistas a garantir o bem-estar geral da coletividade.

Assim, são atividades de polícia administrativa tanto as medidas preventivas, como a exigência de obtenção de licenças ou autorizações para que os particulares realizem determinadas atividades (licença para dirigir, licença para construir, autorização para porte de arma, autorização para uso de um bem público de uso restrito), quanto as medidas repressivas, impostas no âmbito das mais diversas atividades de fiscalização (fiscalização sanitária, fiscalização de normas e posturas, fiscalização ambiental, fiscalização do mercado de capitais etc), tais como multas, apreensão de mercadorias, interdição de estabelecimento, destruição de alimentos impróprios para consumo, demolição de construções irregulares ou que ponham em risco a incolumidade pública etc.

As taxas instituídas em razão do exercício do poder de polícia, portanto, são aquelas exigidas das pessoas sujeitas a essas medidas. Por exemplo, se a pessoa necessita obter um alvará para edificar em um terreno de sua propriedade, pagará uma taxa pelo exercício do poder de polícia consistente na verificação, pelo município, de que o projeto atende a todas as normas de

edificação instituídas pelo Poder Público. O mesmo ocorre quando o indivíduo pretende obter uma licença para dirigir (carteira de habilitação): o valor que ele paga corresponde a uma taxa de polícia, remunerando a atividade do Poder Público consistente na verificação de que o interessado atende a todas as exigências legais e regulamentares impostas para que se considere apto a dirigir veículo automotor.

O Supremo Tribunal Federal admite a cobrança periódica de taxas de polícia de todas as pessoas que estejam sujeitas à fiscalização, tenham ou não sido concretamente fiscalizadas, desde que o órgão fiscalizador esteja estruturado e a atividade de fiscalização seja regularmente exercida. É exemplo dessa linha de raciocínio o RE 416.601, rei. Min. Carlos Velloso, 10.08.2005, no qual o STF considerou constitucional a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA, instituída pela Lei n.° 10.165/2000, que tem como fato gerador "o exercício regular do poder de polícia conferido ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama para controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais", sendo paga trimestralmente pelos sujeitos passivos (que são pessoas jurídicas que exercem atividades listadas na lei como potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos naturais), independentemente de eles sofrerem fiscalização efetiva.

2) a prestação de determinados serviços públicos.

A hipótese de incidência das denominadas taxas de serviço público é a prestação de serviço público específico e divisível, cuja utilização pelo contribuinte pode ser efetiva ou potencial.

A Constituição não traz definição de serviço público específico nem de serviço público divisível. O Código Tributário Nacional, que trata das taxas nos arts. 77 a 80, procurou aduzir essas definições no seu art. 79, nestes termos:

> Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o art. 77 consideram-se:
>
> II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas;
> III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Embora tanto o texto constitucional quanto o do CTN refiram-se a serviços públicos específicos e divisíveis - levando à inferência de que seriam

duas características distintas e de exigência cumulativa - a verdade é que, há muito, a jurisprudência do STF, com base no que preleciona paite da doutrina, trata as duas características como se fossem inseparáveis.

Vale dizer, o STF, nas diversas vezes em que analisou as características de determinado serviço público para decidir se ele poderia, ou não, ser fato gerador de taxa, considerou unicamente se o serviço podia, ou não, ser prestado para usuários específicos e se era possível identificar, individualmente, os seus usuários.

Assim, em resumo, segundo essa posição do STF, ou um serviço público é específico e divisível, ou é geral e indivisível. Nunca em um julgado o STF referiu-se a um serviço que pretensamente pudesse ser específico e indivisível ou que pudesse ser geral e divisível.

Dessarte, o que interessa efetivamente para aferir a possibilidade de determinado serviço público ser fato gerador de taxa não é verificar se ele pode ser "destacado em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas", isto é, se existe um órgão ou entidade administrativa com a atribuição exclusiva de prestar aquele serviço, mas sim se podem ser identificados os usuários para quem ele é prestado e se ele é passível de utilização, separadamente, por parte de cada um dos usuários.

Nessa toada, o STF declarou, em diversas ocasiões, inconstitucional a taxa de iluminação pública, considerando-a tributo inviável, dado ter por fato gerador "serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte, devendo ser custeado por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais".[3]

Esse entendimento está, hoje, cristalizado na Súmula 670:

> **670** - O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

Pelas mesmas razões, conquanto não haja súmula, o STF considera inconstitucional a instituição de taxa de limpeza pública e de conservação de vias e logradouros públicos.[4]

De outra parte, exemplos de serviços públicos específicos e divisíveis, portanto, passíveis de serem remunerados por taxas, são a coleta domiciliar de lixo e o esgotamento sanitário.

Quanto ao conceito de utilização efetiva ou potencial, diz o CTN que os serviços públicos consideram-se utilizados pelo contribuinte:

[3] RE 233.332/RJ, rei. Min. limar Galvão, 10.03.1999.
[4] RE 188.391/SP, rei. Min. limar Galvão, 15.06.2000.

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento.

No uso potencial, o sujeito passivo será devedor mesmo que não utilize o serviço. Para isso, é imprescindível que exista lei estabelecendo que aquele serviço público é de utilização obrigatória (geralmente são os serviços relacionados à saúde pública, como a coleta domiciliar de lixo e o esgotamento sanitário).

O § 2.° da Constituição, reproduzido no início deste tópico, estabelece que "as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos". Esse dispositivo consagra vetusta lição da doutrina, segundo a qual necessariamente deve haver um liame lógico entre a hipótese de incidência de um tributo e sua base de cálculo. Com efeito, a base de cálculo de um tributo é o padrão ou critério quantitativo que permite dimensionar financeiramente o fato econômico eleito pela lei como gerador da obrigação tributária.

A redação desse preceito constitucional é tecnicamente superior à mera proibição de que a base de cálculo de uma taxa seja idêntica à de um imposto existente. A restrição é mais ampla. Resta evidenciado que existem bases de cálculo próprias de taxa e bases de cálculo próprias de imposto.

Assim, instituída determinada taxa, caso tenha sido eleita para sua base de cálculo uma grandeza econômica relacionada com um fato lícito qualquer pertinente ao contribuinte, ficará ela constitucionalmente desnaturada, pois são os impostos que, tendo como hipótese de incidência um fato econômico do contribuinte, devem ter como base de cálculo elementos que reflitam a valoração desse fato econômico.

Diferentemente, a base de cálculo de uma taxa deve guardar **relação com o custo da atividade estatal** que ensejou sua instituição, ou seja, o valor despendido com a prestação do serviço público ou com a atividade de polícia deve ser o parâmetro para a cobrança da taxa. Não existe, todavia, estrita correspondência entre os valores despendidos e os arrecadados.

O STF, em diversas ocasiões, declarou a inconstitucionalidade de taxas com base na vedação constitucional plasmada no § 2.° do art. 145 da Constituição. São exemplos:

a) taxa de serviços urbanos que utilizava como base de cálculo a localização e área do imóvel, considerando esses elementos identificáveis com o conteúdo da base imponível do IPTU;[5]

[5] RE 120.811.

b) taxa de prevenção de incêndio que tinha como base de cálculo a área ocupada pelo estabelecimento do contribuinte, semelhante à base de cálculo do IPTU;[6]

c) taxa de localização e funcionamento de estabelecimento industrial e comercial e taxa de renovação de alvará, cujas bases de cálculo levavam em consideração o número de empregados, elemento absolutamente estranho ao fato gerador e ao custo operacional da atividade desenvolvida pelo poder tributante;[7]

d) taxa municipal de conservação de estradas de rodagem, por ter como base de cálculo o número de hectares e outros fatores básicos utilizados para o cálculo do ITR.[8]

3.4. Contribuições de melhoria

A Constituição de 1988 refere-se à contribuição de melhoria unicamente no inciso III do seu art. 145, em enunciado sobremaneira lacônico. Deveras, estatui esse dispositivo, tão-somente, que a União, os estados, os municípios e o Distrito Federal poderão instituir "contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas".

Não obstante a escassez de elementos constitucionalmente positivados, constata-se que a contribuição de melhoria é um tributo **vinculado,** ou seja, o seu fato gerador é uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte. Essa atividade é a realização de uma obra pública, que, como veremos, deve acarretar valorização a imóveis privados determinados.

Da mesma forma que ocorre com as taxas, os tributaristas tradicionais afirmam que a contribuição de melhoria é um tributo de competência comum. Também aqui ressalvamos que essa expressão pode induzir ao erro, porque, tecnicamente, o certo é que somente é competente para instituir contribuição de melhoria o ente federado que realize a obra pública que ensejará a respectiva cobrança. Assim, se o Município "X" realizou a obra, somente o Município "X" pode ter instituído a contribuição de melhoria que será cobrada em razão da valorização de imóveis decorrente dessa obra.

Com base exclusivamente no texto da Constituição de 1988, poderia parecer que qualquer realização de obra pública estaria autorizando a cobrança do tributo. Entretanto, o STF já decidiu que a **valorização imobiliária** é requisito

[6] RE 185.050.
[7] RREE 190.776; 196.922; 202.393.
[8] RE 116.577.

inafastável da contribuição de melhoria, permanecendo como fato gerador dessa espécie tributária, inclusive após o advento da Carta de 1988.[9]

Cabe registrar, também, que a doutrina e a jurisprudência pátrias somente admitem a cobrança da contribuição de melhoria **posteriormente** à realização da obra pública ou, pelo menos, de parcela da obra suficiente para justificar a ocorrência de acréscimo de valor ao imóvel beneficiado. Em outras palavras, a contribuição de melhoria visa a ressarcir parte (ou a totalidade) dos gastos incorridos na realização da obra e não a permitir o levantamento de fundos para a realização de obra futura. Por essa razão, entendemos que foi recepcionado e encontra-se em pleno vigor o art. 9.° do Decreto-Lei n.° 195, de 1967, que explicita somente ser possível a realização do lançamento da contribuição de melhoria depois de "executada a obra de melhoramento na sua totalidade ou em parte suficiente para beneficiar determinados imóveis".

Pensamos ser indiscutível, também, embora não constem estas regras do texto constitucional, que o limite individual a ser cobrado de cada imóvel valorizado será a quantia acrescida a seu preço de mercado como resultado da obra, e o limite global de arrecadação, considerados todos os imóveis valorizados, será o custo total da obra pública. A contribuição será cobrada respeitando o menor desses dois valores. O art. 81 do CTN expressamente estabelece tais limites para a cobrança da contribuição de melhoria. Entendemos que esse artigo foi recepcionado e está em vigor, porquanto em nenhum ponto há conflito entre o seu conteúdo e o texto constitucional.

3.5. Empréstimos compulsórios

A Constituição trata dos empréstimos compulsórios no seu art. 148, separando-os em duas espécies, respectivamente, nos incisos I e II desse artigo, em razão de não serem idênticos os seus regimes jurídicos.

A instituição de empréstimos compulsórios é autorizada nestas situações:

1) calamidade pública, guerra externa ou sua iminência (art. 148, I); e
2) investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional (art. 148, II).

Os empréstimos compulsórios são tributos de competência exclusiva da União. A instituição de um empréstimo compulsório e toda a sua disciplina normativa tem que ser feita por **lei complementar.**

Os empréstimos compulsórios são tributos cujo produto da arrecadação possui destinação específica, ou seja, são tributos de **arrecadação vinculada,**

[9] RE 116.147.

por força do parágrafo único do art. 148, que determina que a aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, a devolução dos empréstimos compulsórios tem que ser feita em moeda, não se admitindo entrega de títulos da dívida pública ou qualquer outra prestação que não seja entrega de dinheiro.

A Constituição nada diz sobre os fatos geradores dos empréstimos compulsórios. A guerra, a calamidade, o investimento público não são fatos geradores, porque não são eles que fazem, automaticamente, nascer a obrigação tributária. Eles são apenas circunstâncias autorizadoras do exercício da competência para a instituição dos empréstimos compulsórios. O fato gerador (hipótese de incidência) deve ser determinado na lei complementar que abstratamente instituir o empréstimo compulsório em cada caso. Não existe nenhum consenso na doutrina sobre as possibilidades de escolha, pela União, da hipótese de incidência. Em tese, qualquer situação econômica pode ser fato gerador de empréstimo compulsório.

Vistas essas características comuns a ambas as espécies de empréstimos compulsórios, impende mencionar o que difere entre seus regimes jurídicos.

Os empréstimos compulsórios de guerra ou calamidade (art. 148, I) não estão sujeitos nem à anterioridade do exercício financeiro, nem ao prazo geral de noventena, conforme estabelece o art. 150, § 1.º; os empréstimos compulsórios de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional (art. 148, II) estão sujeitos à anterioridade do exercício financeiro e à anterioridade nonagesimal geral (CF, art. 150, III, "b" e "c") - apesar de o investimento público ser urgente, segundo a Constituição.

Assim, publicada e vigente a lei complementar que institua um empréstimo compulsório de guerra ou calamidade, ela poderá incidir desde logo sobre os fatos geradores que venham a ser nela definidos. Diferentemente, se uma lei complementar instituir um empréstimo compulsório de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, ela somente poderá incidir no ano seguinte ao de sua publicação (art. 150, III, "b"), e só depois que haja transcorrido o prazo mínimo de noventa dias, contado de sua publicação (art. 150, III, "c").

3.6. Contribuições

O art. 149 enuncia a norma constitucional que, originalmente, era fundamento de todas as contribuições tributárias.[10] Por essa razão, é usual a

[10] Excetuada a contribuição de melhoria, que, a despeito de também ostentar o nome de contribuição, é espécie tributária específica, com características próprias, não passível de

doutrina e o Supremo Tribunal Federal referirem-se ao art. 149 como regra-matriz das contribuições.

Atualmente, existe um outro artigo que fundamenta uma espécie de contribuição que não está contemplada no art. 149. Trata-se do art. 149-A, que estabelece competência para os municípios e o Distrito Federal instituírem contribuições de iluminação pública (CIP), introduzido pela EC n.° 39/2002.

O art. 149 refere-se a três espécies de contribuições: (a) contribuições sociais; (b) contribuições corporativas; e (c) contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDE). Analisaremos, a seguir, o regime jurídico comum a elas.

A Constituição assere que a competência para a instituição das contribuições citadas no parágrafo antecedente é exclusiva da União. Embora, literalmente, o texto constitucional utilize a expressão "compete exclusivamente à União" (art. 149, *caput),* é relevante registrar que no caso das contribuições sociais, especificamente em relação às contribuições **previdenciárias,** existe uma exceção: os estados, o DF e os municípios, que possuam **regimes próprios de previdência social** para seus servidores (CF, art. 40), devem (é obrigatório) instituir contribuição, cobrada dos servidores, para o custeio do regime previdenciário. A alíquota dessas contribuições previdenciárias estaduais, municipais e distrital não pode ser inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. Essa regra - competência para instituição de contribuição previdenciária pelos estados, municípios e DF - encontra-se no art. 149, § 1.°, da Constituição, com a redação dada pela EC n.° 41/2003.

As contribuições estão sujeitas à lei complementar de normas gerais em matéria tributária, papel atualmente desempenhado pelo CTN. Cabe observar que o art. 146, III, "a", da Carta Política determina que a lei complementar estabeleça, em relação aos **impostos** discriminados na Constituição, a definição "dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes". Em face desse dispositivo, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que as contribuições **não** dependem, previamente à sua instituição, da descrição em lei complementar de seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, podendo ser diretamente instituídas por lei ordinária.

Dessarte, todas as contribuições, conquanto estejam sujeitas às normas gerais tributárias, atualmente plasmadas no CTN, podem ser instituídas por meio de lei ordinária. A única exceção é a criação de contribuição de seguridade social que incida sobre uma base econômica diferente das dis-

enquadramento entre as contribuições ora em estudo; conforme antes visto, a competência para a instituição de contribuições de melhoria está no inciso III do art. 145 da Constituição, não no seu art. 149.

criminadas nos incisos I a IV do art. 195 da Constituição, cuja instituição está prevista no § 4.° desse mesmo art. 195. As contribuições de seguridade social sobre fonte não discriminada no art. 195 são instituídas no uso da denominada competência residual (que, conforme antes estudado, também existe para os impostos, nos termos do art. 154, inciso I). São, por essa razão, denominadas contribuições residuais, ou contribuições residuais de seguridade social. São elas as **únicas** contribuições para cuja instituição e disciplina exige-se lei complementar, porque o § 4.° do art. 195 determina que, na criação dessas contribuições residuais, seja "obedecido o disposto no art. 154, I", e esse dispositivo exige **lei complementar** para o exercício da competência residual.

As contribuições são tributos, segundo entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal. Portanto, aplicam-se a elas todos os princípios tributários, que serão estudados adiante, como legalidade, isonomia, irretroatividade, não-confisco etc. Com relação à anterioridade do exercício financeiro e à regra geral de noventena (art. 150, III, "b" e "c"), há determinadas peculiaridades, especialmente no caso das contribuições de seguridade social, consoante na oportunidade própria será expendido.

A doutrina diverge quanto às características gerais, comuns a todas as contribuições, que ensejariam sua classificação como uma espécie tributária autônoma, principalmente no que respeita à distinção entre elas e os impostos. É certo que a maioria das contribuições possui hipótese legal de incidência não relacionada a alguma atividade estatal, isto é, o fato econômico que faz nascer a obrigação de pagar uma contribuição **não** é, na maior parte das vezes, uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte. Assim, sob esse aspecto - análise da hipótese legal de incidência - a maioria das contribuições seria classificada como tributo não-vinculado e, nesse ponto, não há distinção entre elas e os impostos.

O exemplo que, mais claramente, confirma o afirmado na última frase do parágrafo precedente pode ser dado comparando-se o imposto de renda das pessoas jurídicas - IRPJ (CF, art. 153, III) e a contribuição social sobre o lucro líquido - CSLL (CF, art. 195, I, "c"). Esses dois tributos têm como hipótese legal de incidência o mesmo fato econômico pertinente ao sujeito passivo: a obtenção de lucro pelas pessoas jurídicas. E têm os mesmos sujeitos passivos (as pessoas jurídicas) e as mesmas bases de cálculo (o lucro real, presumido ou arbitrado das pessoas jurídicas). Em suma, a análise exclusiva das normas que abstratamente descrevem os elementos integrantes das respectivas relações jurídicas obrigacionais tributárias permite concluir que, sob esse aspecto, os dois tributos são idênticos.

Qual seria, então, o motivo para classificá-los em espécies distintas, um sendo imposto e o outro contribuição? Embora não exista consenso, pensamos

que a doutrina, majoritariamente, propugna que a característica própria das contribuições, que as peculiarizà como espécie tributária autônoma, é o fato de elas somente poderem ser instituídas para atender a **finalidades específicas,** descritas no texto constitucional, e terem o produto de sua arrecadação reciprocamente destinado a essas finalidades.

Assim, enquanto os impostos são tributos cuja instituição independe de qualquer finalidade específica e cuja arrecadação, como regra, não pode ter vinculações determinadas, as contribuições, seja qual for a sua hipótese legal de incidência, são instituídas em razão de uma finalidade específica - a exemplo do custeio da seguridade social - e têm o produto de sua arrecadação vinculado a essa finalidade. Voltando ao IRPJ e à CSLL, verifica-se que, embora a obrigação de pagá-los surja automaticamente com a obtenção de lucro pela pessoa jurídica (a hipótese legal de incidência e o fato gerador concreto de ambos são idênticos), o primeiro não é instituído para um fim específico, nem tem sua arrecadação destinada a despesas específicas, ao passo que a CSLL só pode ser instituída para o custeio da seguridade social e tem sua arrecadação vinculada a essa finalidade.

Traçadas essas linhas amplas, apresentamos, abaixo, a enumeração das mais importantes espécies de contribuições cujas competências encontram-se no texto constitucional. Observe-se que, embora a regra-matriz geral das contribuições esteja no art. 149 (e 149-A), existem diversos outros dispositivos constitucionais que detalham competências para a instituição de determinadas contribuições, genericamente contidas na referida regra-matriz.

Temos no texto constitucional as seguintes regras de competência para a instituição de contribuições:

1. Contribuições Sociais
   - 1.1. contribuições de seguridade social, de competência da União (CF, art. 195, art. 239)
     - 1.1.1. contribuições previdenciárias, de competência dos estados, dos municípios e do DF (CF, art. 149, § 1.º)
   - 1.2. outras contribuições sociais, ou contribuições sociais gerais (CF, art. 212, § 5.°, art. 240)
2. Contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas (CF, art. 149)
   - 2.1. contribuição sindical (CF, art. 8.°, IV, parte final)
   - 2.2. outras contribuições corporativas, a exemplo das contribuições para os conselhos fiscalizadores de profissões regulamentadas (CF, art. 149)
3. Contribuições de intervenção no domínio econômico - CIDE (CF, art. 149)

3.1. contribuição relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível - CIDE-combustíveis - (CF, art. 177, § 4.°)

3.2. outras contribuições de intervenção no domínio econômico - CIDE (CF, art. 149)

4. Contribuições para o custeio do serviço de iluminação pública - CIP, de competência dos municípios e do DF (CF, art. 149-A)

4. PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS CONSTITUCIONAIS E LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR

A Constituição de 1988 possui uma seção específica intitulada "Das Limitações do Poder de Tributar", composta pelos seus arts. 150, 151 e 152.

Fala-se, genericamente, em "limitações ao poder de tributar" para aludir às diversas normas constitucionais que orientam o exercício das competências tributárias e que traçam os lindes desse exercício. É comum distinguir-se entre princípios tributários e limitações ao poder de tributar em sentido estrito. Os princípios usualmente são apontados como regras positivas, que norteiam o legislador em sua tarefa de densificação das normas constitucionais, ao passo que as limitações propriamente ditas seriam regras negativas, destinadas a impedir o exercício das competências tributárias em determinadas situações. As limitações da competência tributária em sentido estrito são denominadas, pela doutrina e pela jurisprudência, imunidades tributárias.

Observamos que alguns autores tributaristas referem-se às imunidades tributárias também como princípios tributários e outros utilizam indistintamente a expressão limitações ao poder de tributar para referir-se tanto aos princípios quanto às imunidades. Independentemente da terminologia que se utilize, o certo é que todas essas normas têm como escopo precípuo a proteção do contribuinte, porquanto a tributação interfere diretamente com direitos fundamentais dos indivíduos, sobretudo com o direito de propriedade.

Por essa razão, aliás, somos de opinião de que todas as normas que consagram limitações ao poder de tributar consubstanciam **cláusulas pétreas,** seja pelo fato de configurarem garantias individuais, seja pela importância que algumas delas têm para a manutenção do equilíbrio federativo."

Ao julgar a ADI 939/DF (rei. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o STF declarou Inconstitucional a EC n.° 3, de 1993, no ponto em que autorizou a instituição do IPMF sem observância do princípio da anterioridade (CF, art. 150, III, "b") e no ponto em que dispôs que ao IPFM não se aplicaria a imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, "a"). Dessarte, expressamente, o STF considerou inabolível o princípio da anterioridade, por representar

Por fim, importa consignar que não só nos arts. 150 a 152 da Constituição há normas que representam "limitações ao poder de tributar". Diversas normas, espalhadas pelo texto constitucional, podem implicar, direta ou indiretamente, restrições ou condicionamentos ao uso das competências tributárias.

Como exemplos, mencionamos o inciso XXXIV do art. 5.°, que estabelece uma imunidade ao pagamento de taxas para o exercício do direito de petição e para a obtenção de certidões; o inciso LIV do art. 5.°, que enuncia o princípio do devido processo legal, o qual, em acepção substancial, tem como corolário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, importantes instrumentos para controle da constitucionalidade das leis, inclusive as tributárias; o § 5.° do art. 184, que estabelece uma imunidade[12] nas operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária, e muitos outros.

Trataremos, agora, sucintamente, de alguns dos mais importantes princípios e imunidades tributários, sobretudo dos enumerados no art. 150 da Carta Política.

4.1. Princípio da legalidade tributária

O princípio da legalidade tributária encontra-se no inciso I do art. 150 da Constituição, nos termos do qual "é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça".

Alguns autores preferem a denominação "princípio da reserva legal tributária" exatamente porque o dispositivo, de forma expressa, exige **lei** para a instituição e a majoração dos tributos. Com isso, procuram distinguilo da legalidade genérica, prevista no inciso II do art. 5.°, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

O princípio da legalidade tributária, na História, remonta à Carta Magna inglesa, de 1215, consagrando-se na expressão *no taxation without representation.*

Embora o texto constitucional só mencione expressamente a instituição[13] e a majoração de tributos, a doutrina e a jurisprudência são unânimes em

garantia individual (CF, art. 60, § 4.°, IV), e considerou igualmente cláusula pétrea a imunidade reciproca, por dizer com o equilíbrio federativo (CF, art. 60, § 4.°, I).

[12] O uso do vocábulo "isenção" no texto desse dispositivo (art. 184, § 5.°) é irrelevante para a determinação da regra que ele veicula: trata-se de regra de imunidade tributária, porque há vedação à tributação de determinadas operações diretamente estabelecida na própria Constituição.

[13] Na redação constitucional nem mesmo está o verbo "instituir" ou "criar", mas sim "exigir"; deve-se entender, entretanto, que "exigir", neste dispositivo, significa "instituir".

afirmar que todos os elementos integrantes da obrigação tributária principal devem estar cabalmente descritos na hipótese legal de incidência (tipicidade tributária). Como regra, esta deverá discriminar, expressamente, o fato econômico que, uma vez ocorrido, dará surgimento à obrigação (fato gerador), o sujeito passivo, o sujeito ativo, a base de cálculo e as alíquotas aplicáveis.

Todos os tributos estão sujeitos ao princípio da legalidade tributária. Há umas poucas hipóteses, evidentemente previstas na própria Constituição, em que o Poder Executivo foi autorizado a, nos termos e limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas (e somente as alíquotas, nenhum outro elemento da obrigação tributária principal) de alguns tributos. Essas restritas exceções encontram-se no art. 153, § 1.°, art. 177, § 4.°, I, "b", e art. 155, § 4.°, IV, "c".

É importante anotar que, segundo entendimento pacífico do STF, as medidas provisórias podem dispor acerca de qualquer matéria tributária, inclusive instituir e aumentar tributos, encontrando óbice, somente, naquelas matérias cuja disciplina tenha sido reservada à lei complementar (o impedimento de que medidas provisórias regulem matérias reservadas a lei complementar não é especificamente relacionado ao Direito Tributário, mas sim genérico, por força do disposto no art. 62, § 1.°, III).

Por fim, cabe observar que, excetuado um único caso, a iniciativa das leis em matéria tributária, seja qual for a esfera da Federação, **não** é privativa do chefe do Executivo, consoante reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal.[14] O Tribunal afirma a "inexistência de reserva de iniciativa do Executivo, sendo impertinente a invocação do art. 61, § 1.°, II, *b*, da Constituição, que diz respeito exclusivamente aos Territórios Federais". Assim, unicamente no caso de leis que disponham acerca de matéria tributária pertinente a **Territórios Federais** teremos iniciativa legislativa privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1.°, II, "b").

4.2. Princípio da igualdade tributária

O princípio da igualdade ou da isonomia tem sua formulação genérica no enunciado do *caput* do art. 5.° da Constituição, segundo o qual "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

Apesar da existência dessa fórmula geral, o constituinte originário, no inciso II do art. 150, específico para o Direito Tributário, assim estabeleceu:

> É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se

[14] ADIMC 724, rei. Min. Celso de Mello, 07.05.1992; ADIMC 2.304, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 04.10.2000; ADI 3.151/MT, rei. Min. Carlos Britto, 08.06.2005.

> encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

A lei não poderá estabelecer diferenças entre os contribuintes com base em critérios arbitrários, ou relativos a condições inerentes às pessoas ou a seu *status*. A própria Constituição cuidou de, já no próprio inciso, explicitar parâmetros que não podem ser utilizados para que se considere desigual, para efeitos tributários, a situação de contribuintes: ocupação profissional ou função exercida e denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

É evidente que não são apenas essas as vedações a desigualamento tributário. Faz-se necessário buscar nos dispositivos e princípios explícitos e implícitos da Constituição quais as diferenças entre pessoas que ensejam dispensa de tratamento jurídico-tributário discriminado e quais são juridicamente irrelevantes; é vedado à lei conferir diferença de tratamento adotando as últimas como critério.

O princípio da isonomia tributária não apenas ordena que se dê tratamento igual aos equivalentes, mas também que se trate desigualmente os desiguais. Assim, por exemplo, tanto fere a isonomia uma lei que pretenda isentar do imposto de renda as remunerações recebidas por uma determinada categoria profissional, como também é contrária ao princípio da igualdade uma lei que pretenda estabelecer uma alíquota única e uniforme de imposto de renda, aplicável a todas as remunerações. Nesse último caso, pessoas em situação econômica diferente estariam recebendo tratamento tributário igual e "tratar igualmente os desiguais" também fere o princípio da isonomia.

O princípio da isonomia tributária traz um comando voltado tanto para o legislador (igualdade **na lei),** como para o aplicador da lei ao caso concreto (igualdade **perante a lei),** no contexto, a Administração tributária. Significa dizer que o princípio obriga o legislador, o qual, ao elaborar a lei tributária, comando geral e abstrato, não poderá estabelecer no seu texto tratamento antiisonômico. De igual forma, impõe às autoridades administrativas a obrigação de, ao concretizar a aplicação da lei tributária, não dispensar tratamento discriminatório a alguns de seus destinatários.

No que respeita às leis tributárias, caberá somente ao Poder Judiciário, em cada caso, decidir se o legislador desrespeitou ou não o princípio da isonomia. Em regra, o Judiciário decidirá com base no princípio da razoabilidade. Cabe lembrar, entretanto, que não é possível ao Judiciário atuar como "legislador positivo", segundo consagrada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim, se a lei que estabeleceu um benefício tributário excluiu indevidamente um grupo cuja situação econômica fosse equivalente à das pessoas que ela favoreceu, não pode o Judiciário incluí-lo no benefício, porque, se assim

fizesse, estaria criando uma norma que o legislador não produziu, medida que afrontaria o princípio da separação dos poderes.

4.3. Princípio da irretroatividade tributária

O princípio da irretroatividade, que é um princípio geral fundado no axioma da segurança jurídica, recebe, no Direito Tributário, uma formulação bastante específica. Está expresso no art. 150, III, "a", da Constituição, nestes termos:

> E vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.

A regra constitucional é simples e não contempla exceções. Não há tributo que a ela não se sujeite. Nenhum ente federativo pode cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.

Sua aplicação, entretanto, gera controvérsias quando se trate de tributos cujo fato gerador seja uma situação jurídica que se prolongue no tempo, os denominados fatos geradores contínuos, ou continuados, ou por período certo de tempo. Conquanto boa parte da doutrina defenda que a lei nova que institua ou aumente tributo somente possa alcançar os fatos geradores que venham a ter **início** depois do começo de sua vigência, não é esse o entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal. Perfilha a Corte Maior a orientação de que a irretroatividade tributária, por si só, não impede que a lei nova alcance o fato gerador pendente (já iniciado, mas ainda não terminado).

Assim, tomando como exemplo a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) de apuração trimestral (o fato gerador é o lucro apurado no trimestre), uma lei que aumentasse sua alíquota, publicada em 20 de março de 2007, poderia iniciar a produção de seus efeitos noventa dias depois de sua publicação, porque as contribuições de seguridade social apenas estão sujeitas à anterioridade nonagesimal prevista no art. 195, § 6.°, da Constituição, e não à anterioridade do exercício financeiro, de que trata o art. 150, III, "b", da Carta de 1988. Essa lei, portanto, iniciaria seus efeitos no final de junho, mas a alíquota majorada seria aplicada sobre a totalidade do lucro apurado no trimestre abril/maio/junho, porque teria alcançado o fato gerador pendente.[15]

[15] Conforme veremos adiante, o princípio da anterioridade, seja a do exercício, seja a nonagesimal, não interfere na vigência da lei, ou seja, mesmo a lei que institua ou aumente

Repetimos que grande parte dos tributaristas repudia essa interpretação - de que a irretroatividade tributária somente impede que a lei nova alcance o fato gerador **terminado** antes do início de sua vigência, mas não o pendente -, porém ela é a que, até hoje, prevalece no âmbito da Corte Suprema.

4.4. Princípio da anterioridade do exercício financeiro

Nos termos do art. 150, III, "b", da Constituição, "é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou."

Constata-se que a regra acima transcrita tem baldrame no princípio geral da segurança jurídica, assim como acontece com a norma de irretroatividade tributária, antes analisada. Os tributaristas freqüentemente referem-se ao princípio da não-surpresa, como fundamento imediato da anterioridade tributária, o qual, de todo modo, nada mais é do que uma derivação do postulado da segurança jurídica.

O princípio da anterioridade do exercício financeiro diz respeito à produção de efeitos da lei, à sua aplicação, à sua eficácia. Impede ele que a lei que institua ou aumente tributo alcance fatos geradores ocorridos no ano de sua publicação. Não interfere na vigência da lei, isto é, a lei pode ser publicada, por exemplo, em outubro, majorando uma taxa, e ter vigência imediata.[16]

Um ponto que deve ser enfatizado é que só cabe cogitar a aplicação do princípio da anterioridade se a lei estiver **criando** ou **aumentando** um tributo (o estabelecimento de novas hipóteses de incidência enquadra-se como "instituição de tributo"). Se uma lei estiver extinguindo ou reduzindo tributo ela sempre pode produzir efeitos imediatos.

O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento segundo o qual a antecipação do prazo de recolhimento de tributo **não** se equipara à sua majoração (e nem é objeto de reserva de lei). Para o Tribunal Maior, "a antecipação, mediante decreto estadual, da data de recolhimento do ICMS não ofende os princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade".[17] A matéria está, hoje, tratada na Súmula 669 do STF, abaixo transcrita:

um tributo sujeito à anterioridade pode ter **vigência** imediata; somente a produção de seus efeitos terá que aguardar o exercício seguinte ao de sua publicação e/ou um prazo mínimo de 90 dias, conforme o caso.

[16] Essa é a orientação consolidada no âmbito do STF. Alguns autores tecem críticas a ela, porque defendem não fazer sentido cogitar uma lei que tenha vigência mas não possa incidir. De todo modo, as leis tributárias que aumentam ou instituem tributos, há muito, costumam conter cláusula determinando sua entrada imediata em vigor, mas produção de efeitos, quanto à majoração ou instituição do tributo, somente em data futura (no ano seguinte ou depois de noventa dias, dependendo do tributo).

[17] RE 182.971/SP, rei. Min. limar Galvão, 05.08.1997.

669 - Norma legal que altera o prazo de recolhimento da obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade.

O Supremo Tribunal Federal declarou que o princípio da anterioridade constitui garantia individual do contribuinte e, portanto, **cláusula pétrea,** não podendo ser suprimido por meio de emenda constitucional.[18]

A Constituição estabelece algumas exceções ao princípio da anterioridade do exercício financeiro, a maior parte delas em atenção à natureza extrafiscal de alguns tributos (por exemplo, o imposto de importação, o de exportação, o IOF) ou em razão do caráter emergencial de outros (por exemplo, os impostos extraordinários de guerra, os empréstimos compulsórios instituídos em caso de guerra externa ou calamidade). As exceções ao princípio da anterioridade do exercício financeiro encontram-se nos seguintes dispositivos da Carta Política: art. 150, § 1.°, parte inicial; art. 195, § 6.°; art. 177, § 4.°, inciso I, "b"; art. 155, § 4.°, inciso IV, "c".

Por fim, cabe mencionar que o Supremo Tribunal Federal, há muito, firmou o entendimento de que uma medida provisória que institua ou aumente um tributo, publicada no último dia do ano, teria atendido o princípio da anterioridade do exercício financeiro, ou seja, estaria apta a produzir efeitos no ano seguinte. Essa orientação do STF levou o constituinte derivado, na edição da EC n.° 32/2001, a estabelecer uma regra, específica para **impostos** instituídos ou aumentados mediante medida provisória, cujo objetivo claramente foi reforçar e mesmo ampliar a garantia de não-surpresa dos contribuintes.

Segundo essa regra, constante do art. 62, § 2.°, da Constituição, a medida provisória que implique instituição ou majoração de **impostos,** exceto aqueles que não se sujeitam ao princípio da anterioridade do exercício financeiro (II, IE, IPI, IOF e os IEG), só poderá produzir efeitos no ano seguinte ao de sua edição se houver sido **convertida em lei** até o último dia daquele em que foi publicada.

4.5. Princípio da anterioridade nonagesimal (noventena)

Desde sua promulgação, a Constituição de 1988 contém uma regra de não-surpresa específica para as contribuições de seguridade social. Com efeito, o seu art. 195, § 6.°, até hoje não alterado, estabelece que a lei que institua ou modifique uma contribuição de seguridade social somente pode produzir efeitos noventa dias depois de sua publicação, mas não está sujeita

[18] ADI 939/DF, rei. Min. Sydney Sanches, 15.12.1993.

à anterioridade do exercício financeiro. Essa regra ficou conhecida como anterioridade nonagesimal.

Para nenhum outro tributo existia essa exigência de aguardar um prazo de noventa dias para produção de efeitos da lei que o instituísse ou aumentasse.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, há muito, pacificou o entendimento de que, para atender ao princípio da anterioridade do exercício financeiro, basta a lei que institua ou aumente um tributo ser publicada até 31 de dezembro, podendo, assim, produzir seus efeitos no ano seguinte. É evidente que esse entendimento, em certos casos, transformava o princípio da anterioridade do exercício financeiro em mera formalidade, sem assegurar, efetivamente, uma não-surpresa relacionada ao aumento de carga tributária.

Atento a essa realidade, o constituinte derivado, ao editar a EC n° 42/2003, a fim de reforçar a garantia de não-surpresa do contribuinte, estabeleceu para tributos em geral (não só as contribuições de seguridade social) a exigência de que a lei que os institua ou aumente aguarde um prazo mínimo de noventa dias, contados de sua publicação, para a produção de seus efeitos.

Essa regra, que podemos chamar de prazo geral de noventena, ou anterioridade nonagesimal geral encontra-se no art. 150, **III,** "c", da Constituição, e segue a mesma sistemática da anterioridade do exercício financeiro: é regra relacionada à eficácia, e não à vigência da lei, a referência adotada é a data de publicação da lei, só se aplica a leis que instituam ou aumentem tributos, e não a leis que reduzam, extingam ou alterem o prazo de recolhimento de tributos.

É importante observar que o princípio da anterioridade nonagesimal geral (art. 150, **III,** "c") aplica-se, em regra, cumulativamente com o princípio da anterioridade do exercício financeiro.

Por exemplo, uma lei que aumente uma taxa, publicada em 10 de novembro de 2006, somente poderá ser aplicada a partir de fevereiro de 2007. A publicação no ano anterior terá atendido o princípio da anterioridade do exercício financeiro (art. 150, III, "b") e, cumulativamente, o aguardo de noventa dias cumpre a exigência do art. 150, **III,** "c". Se a lei tivesse sido publicada, digamos, em 1.° de agosto de 2006, somente poderia produzir efeitos a partir de 1.° de janeiro de 2007. Nessa última hipótese, não seria suficiente aguardar os noventa dias; seria necessário esperar o exercício seguinte, porque, repita-se, a aplicação dos dois princípios em comento é, como regra, cumulativa.

A EC n.° 42/2003 estabeleceu, na parte final do § 1.° do art. 150 da Constituição, todas as exceções ao princípio da anterioridade nonagesimal geral. Cabe observar que elas **não** coincidem integralmente com as exceções ao princípio da anterioridade do exercício financeiro.

É oportuno frisar que, atualmente, existem no texto constitucional duas regras de noventena distintas, mas cuja aplicação, na prática, leva a idêntico resultado: a regra fixada no art. 195, § 6.°, exclusiva das contribuições de seguridade social, e a vazada no art. 150, III, "c", concernente aos tributos em geral (ressalvados os arrolados na parte final do § 1.° do art. 150). Relevante observar, entretanto, que as contribuições de seguridade social não estão sujeitas ao princípio da anterioridade do exercício financeiro (art. 150, **III,** "b"), ao passo que os demais tributos, como regra, estão sujeitos, cumulativamente, ao princípio da anterioridade nonagesimal geral e ao princípio da anterioridade do exercício financeiro.

Por fim, registramos que, no caso de instituição ou aumento de tributos mediante medida provisória, a contagem do prazo de noventa dias dá-se a partir da publicação da medida provisória, e não da publicação da lei na qual ela seja convertida, salvo se, na conversão, tiver havido modificação substancial do conteúdo original da medida provisória.

4.6. Princípio do não-confisco e princípio da capacidade contributiva

Nos termos do art. 150, inciso IV, da Carta de 1988, "é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco." Esse princípio, que obsta ao legislador conferir caráter confiscatório aos tributos (qualquer espécie tributária), encontra fulcro no direito de propriedade.

O conceito de confisco é indeterminado. Não existe definição do limite a partir do qual se ultrapassa o que seria uma tributação pesada e passa-se a ter uma tributação confiscatória. Comumente diz-se que a garantia do não-confisco deve ser entendida como uma exigência de razoabilidade da carga tributária. A vedação ao confisco pretende impedir que se ultrapasse, com essa carga, níveis considerados suportáveis por determinada sociedade, em certa época e sob específicas conjunturas.

Evita-se, assim, que o Estado, sob alegação de necessidade de aumentar receitas, acabe por sufocar os esforços produtivos da sociedade com cargas escorchantes de tributos, o que representaria verdadeira expropriação do resultado desses esforços.

O Supremo Tribunal Federal já deixou assente que o efeito confiscatório não deve ser aferido com base na análise de um **único tributo,** isoladamente, mas sim a partir da carga tributária total imposta ao contribuinte por uma determinada pessoa política. Transcrevemos a lição da Corte Suprema, primorosamente didática, proferida no julgamento da ADIMC 2.010-DF, rei. Min. Celso de Mello, 30.09.1999 (grifamos):

A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da **totalidade da carga tributária,** mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte - considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) - para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à **mesma pessoa política** que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador, de **padrões de razoabüidade** destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público. Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo - resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela **mesma entidade estatal** - afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte. O Poder Público, especialmente em sede de tributação (as contribuições de seguridade social revestem-se de caráter tributário), não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo **princípio da razoabilidade.**

Conexo ao princípio do não-confisco está o **princípio da capacidade contributiva,** extraído da parte inicial do § 1.° do art. 145 da Constituição, nos termos do qual "sempre que possível, os **impostos** terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte".

Enquanto o princípio do não-confisco impõe um limite máximo (embora indeterminado) para a tributação, o da capacidade contributiva fixa um limite mínimo de riqueza (conquanto implícito e indeterminado) para que alguém esteja sujeito à tributação, e estabelece um critério para a graduação dos impostos (note-se que o texto constitucional, ao tratar da capacidade contributiva, literalmente se refere só aos **impostos;** o STF, entretanto, em alguns julgados, invoca o princípio da capacidade contributiva ao tratar de outras espécies tributárias, até mesmo das taxas).

Essa graduação de impostos segundo a capacidade contributiva variará conforme o imposto seja eminentemente pessoal (leve em conta características pessoais do sujeito passivo), ou se trate de um imposto real (refira-se ao valor de um bem ou de uma operação, independentemente da situação pessoal do sujeito passivo).

Uma importante técnica de graduação de tributos conforme a capacidade contributiva consiste na denominada tributação progressiva,[19] mediante a qual

Deve-se distinguir a progressividade tributária dita **fiscal** da progressividade **extrafiscal.** A primeira, relacionada ao princípio da capacidade contributiva, implica adoção, pela lei, de alíquotas progressivamente elevadas, na medida do aumento da base de cálculo. A

a lei prevê alíquotas variáveis para diferentes faixas de valores de bases de cálculo (quanto maior a base de cálculo, maior a alíquota). É o que ocorre com o imposto de renda.

Cumpre anotar, entretanto, que, segundo entendimento do STF, os impostos **reais,** para atenderem à capacidade contributiva, devem ser proporcionais (alíquota fixa, variando a base de cálculo), somente podendo ser progressivos se o texto constitucional expressamente autorizar ou determinar. Com base nesse entendimento, editou a Súmula 656, nos termos da qual "é inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão *inter vivos* de bens imóveis - ITBI com base no valor venal do imóvel'". Pelo mesmo motivo, antes que houvesse previsão constitucional - trazida pela EC 29/2000 - a Corte Suprema julgou inconstitucionais as leis municipais que estabeleciam progressividade do IPTU em função do valor do imóvel, resultando na Súmula 668, que assim estatui:

> 668 - É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.

Em resumo, o princípio do não-confisco e o da capacidade contributiva relacionam-se, mas não se confundem. O primeiro tem fundamento precípuo no direito de propriedade e impõe um limite máximo (porém indeterminado) à carga tributária, conforme critério de razoabilidade; o segundo encontra fulcro no princípio da isonomia (e também em uma idéia geral de "justiça fiscal"), consubstanciando a regra de que devem contribuir para custear os dispêndios do Estado todos quantos possuam riqueza acima de um limite mínimo - o chamado "mínimo vital" -, e devem fazê-lo na medida de sua capacidade econômica.[20]

progressividade extrafiscal não está relacionada ao princípio da capacidade contributiva, e não precisa adotar como critério de variação das alíquotas o valor da base de cálculo. Ela é utilizada para desestimular determinadas situações, como ocorre no caso da progressividade do ITR, destinada a desestimular a manutenção de propriedade rural improdutiva (quanto menor o grau de utilização, maiores as alíquotas), e no caso da progressividade do IPTU prevista no art. 182, §4.°, inciso II, da Constituição, cujo fim é desestimular a manutenção de solo urbano não edificado ou subutilizado - progressividade no tempo, ou seja, aumentam as alíquotas a cada ano de manutenção da propriedade urbana não edificada ou subutilizada.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789 (França): "Art. 13. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades."

4.7. Princípio da liberdade de tráfego

Reza o art. 150, inciso V, da Constituição:

> É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público.

Esse dispositivo tem fundamento no princípio federativo, visando a impedir que a circulação no território nacional seja obstada por imposições tributárias instituídas pelos entes federados.

Observe-se que a vedação diz respeito à circulação interna; quanto ao tráfego internacional, nada impede a limitação ao fluxo de bens mediante exigência de tributos, como ocorre, por exemplo, na incidência dos impostos de importação e de exportação.

Tampouco veda o preceito a existência de tributos incidentes em operações econômicas interestaduais, ou de tributos exigidos em operações entre municípios. Prova cabal dessa asserção é a existência do ICMS interestadual. O que o princípio da liberdade de tráfego interdita é a criação, por um ente federado, de um tributo cujo fato gerador seja a transposição de suas divisas com outros entes federados.

A parte final da norma em foco faz ressalva à "cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público". A nosso ver, o constituinte foi bastante infeliz na escolha da localização dessa referência ao pedágio no texto constitucional.

Primeiro, pensamos que a ressalva é ilógica, porque, mesmo que seja criado um pedágio com natureza de tributo (caso em que será uma taxa), a exigência desse pedágio nada tem a ver - e nunca poderia ter - com a transposição de divisa de um ente federado. Por outras palavras, continua sendo absolutamente ilegítima a eventual instituição de um "pedágio" cujo fundamento da cobrança fosse especificamente o trânsito de passageiros ou cargas através de uma divisa intermunicipal ou interestadual.

Tanto isso é certo que a própria redação do dispositivo explicita que o único fundamento legítimo para a exigência de um pedágio é custear a conservação de vias pelo Poder Público. Ora, se o pedágio pode ser cobrado exclusivamente para custear a conservação de vias pelo Poder Público, nenhum sentido faz introduzir regra acerca de sua cobrança como ressalva a uma norma cujo conteúdo é a proibição de limitar a circulação interna de pessoas pela imposição de tributos interestaduais ou intermunicipais. Em suma, é absolutamente vedado criar qualquer tributo cujo fundamento da exigência

seja especificamente alguém ou algo cruzar uma divisa intermunicipal ou interestadual, e isso nada tem a ver com o pedágio.

Além das ponderações acima, pensamos que outro problema criado com a inserção da referência ao pedágio no inciso V do art. 150, exatamente entre as "limitações do poder de tributar", foi ensejar a interpretação, propugnada por alguns autores, segundo a qual, no Brasil, pedágio obrigatoriamente deva ter natureza tributária.

Em muitos julgados, o Supremo Tribunal Federal referiu-se a "pedágio com natureza jurídica de taxa".[21] Constatamos, entretanto, que nesses julgados (em que estava sendo impugnada uma específica e algo inusitada forma de cobrança de pedágio, conhecida como "selo-pedágio"), o Supremo Tribunal Federal, em momento nenhum, afirmou que todo e qualquer pedágio cobrado para custear a manutenção de vias públicas obrigatoriamente deva ter natureza tributária. Sem dúvida, essa é uma possibilidade. Mas, a nosso ver, não há impedimento constitucional (nem existe julgado que diga haver) à instituição de um pedágio que tenha natureza de preço público (tarifa).

Pensamos que, no Brasil, o legislador pode optar por instituir um pedágio-taxa, caso em que a exigência obrigatoriamente deverá ser feita por pessoas jurídicas de direito público (pessoas jurídicas de direito privado não podem ser sujeitos ativos de obrigações tributárias), ou um pedágio-tarifa, hipótese em que a cobrança pode ser feita por pessoas privadas, como acontece, atualmente, com os pedágios exigidos pelas concessionárias responsáveis pela manutenção de trechos de diversas rodovias no País. O pedágio-taxa estará sujeito ao regime jurídico tributário, ao passo que o pedágio-tarifa submete-se ao regime jurídico administrativo, especificamente ao aplicável aos serviços públicos e sua concessão.

Note-se, de passagem, que a defesa da tese de que pedágio deva obrigatoriamente ser uma taxa implicaria considerar que todos os pedágios cobrados no Brasil, desde a década de noventa do século passado, são inconstitucionais, sem que alguém, nesse tempo todo, tenha logrado êxito em impugná-los!

4.8. Princípio da uniformidade geográfica e princípio da não-discriminação tributária

O **princípio da uniformidade geográfica,** especificamente endereçado à **União,** possui a seguinte formulação (CF, art. 151, inciso I):

> É vedado à União instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência

[21] Por exemplo, no RE 181.475/RS, rei Min., Carlos Velloso, 04.05.1999.

> em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País.

O princípio da uniformidade geográfica possui, essencialmente, dois relevantes fundamentos. Na parte em que veda a instituição de tributo federal não uniforme em todo País, tem fundamento, sobretudo, no princípio da isonomia. Ao proibir que os tributos federais impliquem distinção ou preferência em relação a estado, ao Distrito Federal ou a município, em detrimento de outro, o fundamento é o princípio federativo.

Anote-se que há ressalva expressa possibilitando a concessão de incentivos fiscais regionais, desde que sejam dirigidos às regiões mais pobres do Brasil, no intuito de promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País.

Essa ressalva permite-nos afirmar, por exemplo, que uma lei que concedesse isenção de IPI para indústrias de determinado setor produtivo que se instalassem no Estado de São Paulo seria inconstitucional, por afrontar o princípio da uniformidade geográfica. Se, diversamente, uma lei concedesse isenção de IPI para indústrias que se implantassem nos estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, não haveria inconstitucionalidade, por enquadrar-se na ressalva da parte final do art. 151, inciso I, transcrito acima.

O denominado princípio da **não-discriminação tributária** consta do art. 152 da Constituição, com esta redação:

> É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

A norma tem como destinatários os estados, o Distrito Federal e os municípios. Pode-se dizer que esse princípio representa um desdobramento do postulado da uniformidade geográfica tributária no âmbito desses entes federados, encontrando fulcro, da mesma forma, nos princípios federativo e da isonomia.

Feriria o princípio da não-discriminação tributária, por exemplo, um município, relativamente a um serviço cuja competência para instituir o ISS fosse determinada pelo local da prestação, estabelecer alíquotas diferenciadas sobre os serviços prestados em seu território, conforme o estabelecimento do prestador estivesse localizado nos municípios "A", "B", "C", ou "X", "Y", "Z".

Com esse princípio procura-se evitar a denominada "guerra fiscal" entre os entes federados. Evita-se, ainda, que os entes federados criem, dentro do

seja especificamente alguém ou algo cruzar uma divisa intermunicipal ou interestadual, e isso nada tem a ver com o pedágio.

Além das ponderações acima, pensamos que outro problema criado com a inserção da referência ao pedágio no inciso V do art. 150, exatamente entre as "limitações do poder de tributar", foi ensejar a interpretação, propugnada por alguns autores, segundo a qual, no Brasil, pedágio obrigatoriamente deva ter natureza tributária.

Em muitos julgados, o Supremo Tribunal Federal referiu-se a "pedágio com natureza jurídica de taxa".[21] Constatamos, entretanto, que nesses julgados (em que estava sendo impugnada uma específica e algo inusitada forma de cobrança de pedágio, conhecida como "selo-pedágio"), o Supremo Tribunal Federal, em momento nenhum, afirmou que todo e qualquer pedágio cobrado para custear a manutenção de vias públicas obrigatoriamente deva ter natureza tributária. Sem dúvida, essa é uma possibilidade. Mas, a nosso ver, não há impedimento constitucional (nem existe julgado que diga haver) à instituição de um pedágio que tenha natureza de preço público (tarifa).

Pensamos que, no Brasil, o legislador pode optar por instituir um pedágio-taxa, caso em que a exigência obrigatoriamente deverá ser feita por pessoas jurídicas de direito público (pessoas jurídicas de direito privado não podem ser sujeitos ativos de obrigações tributárias), ou um pedágio-tarifa, hipótese em que a cobrança pode ser feita por pessoas privadas, como acontece, atualmente, com os pedágios exigidos pelas concessionárias responsáveis pela manutenção de trechos de diversas rodovias no País. O pedágio-taxa estará sujeito ao regime jurídico tributário, ao passo que o pedágio-tarifa submete-se ao regime jurídico administrativo, especificamente ao aplicável aos serviços públicos e sua concessão.

Note-se, de passagem, que a defesa da tese de que pedágio deva obrigatoriamente ser uma taxa implicaria considerar que todos os pedágios cobrados no Brasil, desde a década de noventa do século passado, são inconstitucionais, sem que alguém, nesse tempo todo, tenha logrado êxito em impugná-los!

4.8. Princípio da uniformidade geográfica e princípio da não-discriminação tributária

O **princípio da uniformidade geográfica,** especificamente endereçado à **União,** possui a seguinte formulação (CF, art. 151, inciso I):

> É vedado à União instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência

[21] Por exemplo, no RE 181.475/RS, rei Min., Carlos Velloso, 04.05.1999.

> em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País.

O princípio da uniformidade geográfica possui, essencialmente, dois relevantes fundamentos. Na parte em que veda a instituição de tributo federal não uniforme em todo País, tem fundamento, sobretudo, no princípio da isonomia. Ao proibir que os tributos federais impliquem distinção ou preferência em relação a estado, ao Distrito Federal ou a município, em detrimento de outro, o fundamento é o princípio federativo.

Anote-se que há ressalva expressa possibilitando a concessão de incentivos fiscais regionais, desde que sejam dirigidos às regiões mais pobres do Brasil, no intuito de promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País.

Essa ressalva permite-nos afirmar, por exemplo, que uma lei que concedesse isenção de IPI para indústrias de determinado setor produtivo que se instalassem no Estado de São Paulo seria inconstitucional, por afrontar o princípio da uniformidade geográfica. Se, diversamente, uma lei concedesse isenção de IPI para indústrias que se implantassem nos estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, não haveria inconstitucionalidade, por enquadrar-se na ressalva da parte final do art. 151, inciso I, transcrito acima.

O denominado princípio da **não-discriminação tributária** consta do art. 152 da Constituição, com esta redação:

> E vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

A norma tem como destinatários os estados, o Distrito Federal e os municípios. Pode-se dizer que esse princípio representa um desdobramento do postulado da uniformidade geográfica tributária no âmbito desses entes federados, encontrando fulcro, da mesma forma, nos princípios federativo e da isonomia.

Feriria o princípio da não-discriminação tributária, por exemplo, um município, relativamente a um serviço cuja competência para instituir o ISS fosse determinada pelo local da prestação, estabelecer alíquotas diferenciadas sobre os serviços prestados em seu território, conforme o estabelecimento do prestador estivesse localizado nos municípios "A", "B", "C", ou "X", "Y", "Z".

Com esse princípio procura-se evitar a denominada "guerra fiscal" entre os entes federados. Evita-se, ainda, que os entes federados criem, dentro do

território nacional, áreas de circulação favorecida de bens ou serviços, o que afrontaria o princípio federativo.

4.9. Imunidades tributárias

As imunidades são verdadeiras limitações ao poder de tributar. Porque restringem a **competência tributária** dos entes federados, todas as regras de imunidades tributárias obrigatoriamente têm que estar previstas na **Constituição Federal** (em qualquer parte do texto constitucional). São vedações constitucionais dirigidas ao legislador, que fica impedido de prever como hipótese de incidência determinada situação.

Pode-se afirmar, simplificadamente, que caracteriza a imunidade o fato de a Constituição, **diretamente,** excluir parcela da competência das pessoas políticas que, não fosse a regra imunizante, estariam aptas a instituir tributo sobre aquele ato ou fato.

Nas hipóteses de imunidade tributária, a Constituição, diretamente, exclui a pessoa ou a situação da possibilidade de tributação. Se não houver exclusão direta pelo texto constitucional, mas sim previsão de que uma **lei** exclua, não será imunidade.

Por exemplo, o art. 156, § 3.°, inciso II, da Constituição diz que, em relação ao ISS, "cabe à lei complementar excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior". Não se trata de regra de imunidade; ao cumprir o comando constitucional, o legislador instituirá uma isenção, porque a desoneração tributária decorrerá da **lei,** não da Constituição, diretamente.[22]

Por ser a imunidade matéria com sede exclusivamente constitucional, o STF já estatuiu que não se pode "invocar, para o fim de ser restringida a aplicação da imunidade, critérios de classificação dos impostos adotados por normas infraconstitucionais, mesmo porque não é adequado distinguir entre bens e patrimônio, dado que este se constitui do conjunto daqueles. O que

A isenção prevista no art. 156, § 3.°, II, da Constituição, foi efetivada pela LC n.° 116/2003. Trata-se de uma hipótese excepcional de isenção chamada **heterônoma,** isto é, o ente federado que edita a lei isentiva (a União) é pessoa diversa daquela que detém a competência para a instituição do tributo isentado (a competência para a instituição do ISS é dos municípios e do Distrito Federal). A Constituição de 1988, em seu art. 151, III, expressamente veda à União a concessão de isenções heterônomas. Portanto, só quando houver expressa previsão no próprio texto constitucional essa regra pode ser excepcionada, como ocorre no caso do art. 156, § 3.°, inciso II, da Carta Política. Cabe, todavia, ressalvar que o art. 151, III, da Constituição, não se aplica às isenções estabelecidas em tratados internacionais, vale dizer, tratados internacionais celebrados, aprovados e promulgados pela República Federativa do Brasil podem, sim, conceder isenções de tributos federais, estaduais e municipais (RE 229.096/RS, rei. Min. limar Galvão, 16.08.2007).

cumpre perquirir, portanto, é se o bem adquirido, no mercado interno ou externo, integra o patrimônio da entidade abrangida pela imunidade".[23]

Assim, nas hipóteses em que a Constituição, referindo-se a imunidade a impostos, especificar que ela abrange patrimônio, renda ou serviços, não é aplicável a classificação dos impostos constante do Título III do Livro Primeiro do CTN com o fim de restringir sua abrangência.[24]

O art. 150 da Constituição de 1988 estabelece algumas das mais importantes imunidades do sistema tributário nacional. As regras de imunidade nele plasmadas têm em comum o fato de serem endereçadas a todos os entes federados e referirem-se à espécie tributária **imposto.** Ressalte-se, entretanto, que, conforme explicado acima, há diversas outras regras específicas de imunidades tributárias dispersas pelo texto constitucional; ademais, há regras de imunidade que abrangem outras espécies tributárias que não os impostos.

Trataremos, a seguir, das imunidades estabelecidas no art. 150 da Constituição. Em tópico posterior, mencionaremos algumas outras regras de imunidades, para efeito ilustrativo.

4.9.1. Imunidades previstas no art. 150 da Constituição

O art. 150 da Constituição, inserido na seção acerca das "limitações do poder de tributar", estabelece, em seu inciso VI, quatro hipóteses razoavelmente abrangentes de imunidades tributárias, complementadas pelos seus §§ 2.° e 4.°. Consoante acima exposto, são imunidades que abrangem somente **impostos** e que obrigam todos os entes federados. Vejamos cada uma:

a) **imunidade recíproca;**

A chamada "imunidade recíproca" está prevista no art. 150, inciso VI, "a", da Constituição, nestes termos:

> É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.

O § 2.° do art. 150 complementa essa regra, afirmando que a imunidade recíproca "é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes".

[23] RREE 193.969; 203.755.

[24] O CTN classifica os impostos em: (a) sobre o comércio exterior; (b) sobre o patrimônio e a renda; (c) sobre a produção e a circulação; e (d) especiais.

Trata-se de imunidade **subjetiva,** pois é concedida às **pessoas** políticas e às **pessoas** administrativas autarquias e fundações públicas, e não a determinados bens ou operações específicos (caso em que teríamos uma imunidade do tipo objetiva).

A imunidade recíproca tem como fundamento o princípio federativo. Por isso, ela é **cláusula pétrea** (CF, art. 60, § 4.°, inciso I). Entretanto, a imunidade recíproca, assim como todas as imunidades do art. 150, abrange somente **impostos.** Outros tributos, como as taxas e as contribuições, podem incidir sobre o patrimônio, renda ou serviços dessas pessoas.

O STF tem interpretado de forma bastante abrangente o conceito de impostos incidentes sobre patrimônio, renda ou serviços. Por exemplo, já decidiu que é vedada a cobrança do IOF nas operações financeiras realizadas pelos municípios ou estados.[25] Até mesmo uma emenda à Constituição, a EC n.° 3/1993, foi declarada inconstitucional no ponto em que previa a incidência do IPMF sobre a movimentação financeira de estados e municípios.[26]

Quanto à extensão às autarquias e às fundações públicas, impende registrar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a uma **empresa pública** prestadora de serviço público de prestação obrigatória pelo Estado - a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) - o direito à imunidade tributária recíproca.[27] Não obstante a literalidade do § 2.° do art. 150 da Carta Política, o STF entendeu que a ECT, empresa pública federal, está também abrangida pela imunidade recíproca. No voto do relator, Ministro Carlos Velloso, fica claro que o Tribunal equipara essa entidade às autarquias, levando em conta não sua forma jurídica, evidentemente, mas a natureza de sua atividade: prestação de serviço público de prestação obrigatória pelo Estado (CF, art. 21, inciso X).

Em outro julgado, a Corte Suprema reconheceu imunidade recíproca a uma **sociedade de economia mista** prestadora de serviços públicos de prestação obrigatória pelo Poder Público (Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia - CAERD).[28] Posteriormente, o Tribunal Maior decidiu que a Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária (INFRAERO) está abrangida pela imunidade tributária recíproca "haja vista tratar-se de empresa pública federal que tem por atividade-fim prestar serviços de infra-estrutura aeroportuária, mediante outorga da União, a quem constitucionalmente deferido, em regime de monopólio, tal encargo (CF, art. 21, XII, 'c')".[29]

[25] RE 196.415/PR, rei. Min. limar Galvão, 21.05.96; AgRg 172.890; AgRg 174.808.
[26] ADI 939/DF, rei. Min. Sydney Sanches, 15.12.1993.
[27] RE 407.099/RS, rei. Min. Carlos Velloso, 22.06.2004.
[28] AC 1.550-2, rei. Min. Gilmar Mendes, 06.02.2007.
[29] RE AgR 363.412/BA, rei. Min. Celso de Mello, 07.08.2007.

Em suma, pensamos poder concluir que, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a imunidade tributária recíproca, constitucionalmente prevista no art. 150, VI, "a", e seu § 2.°, **alcança as empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos de prestação obrigatória pelo Poder Público.**

b) imunidade religiosa;

A chamada imunidade religiosa está assim disciplinada no art. 150, inciso VI, "b", da Constituição:

> É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre templos de qualquer culto.

A regra é complementada pelo § 4.° do art. 150, que diz que essa imunidade abrange "somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades" de que ela trata.

Trata-se de imunidade **subjetiva.** O STF interpretou que a expressão "templo" não deve ser tomada como apenas o prédio ou as instalações onde ocorre o culto, mas sim como "entidade religiosa". A base para essa interpretação é o § 4.° do art. 150, que se refere a "entidades".

O fundamento dessa imunidade é a liberdade religiosa. Como o Estado brasileiro é laico (não tem religião oficial), toda e qualquer religião é abrangida pela imunidade, não importa o credo.

A Constituição prevê expressamente (art. 150, § 4.°) que são imunes apenas o patrimônio, a renda e os serviços **relacionados com as finalidades essenciais** da entidade religiosa.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, decidiu que a imunidade não é afastada na hipótese de determinado patrimônio ou serviço **não** estar diretamente relacionado às finalidade essenciais da entidade, desde que os rendimentos provenientes de sua exploração sejam integralmente destinados à manutenção dessas finalidades.[30] Afastou a Corte, inclusive, os impostos incidentes sobre lotes vagos e prédios comerciais de entidade religiosa.[31]

Como veremos a seguir, o Tribunal adota o mesmo entendimento para a imunidade plasmada na alínea "c" do inciso VI do art. 150 da Constituição; na decisão proferida no RE 325.822/SP, acima comentada, foram expressamente equiparadas as alíneas "b" e "c" do inciso VI do art. 150, no que respeita à interpretação da expressão "o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades" (art. 150, § 4.°).

RE 325.822/SP, rei. orig. Min. limar Galvão, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 18.12.2002.
Informativo STF 295.

c) imunidade dos partidos políticos, sindicatos de trabalhadores e instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos;

Essa imunidade está prevista na alínea "c" do inciso VI do art. 150 da Constituição, complementada pelo § 4.° do mesmo artigo. Conjugando esses dispositivos, temos que:

> E vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais, dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.

Costuma-se assumir que a definição de entidade sem fins lucrativos compete, nesta hipótese, à **lei complementar,** por se tratar de regulação de limitação constitucional ao poder de tributar (CF, art. 146, inciso II).

O STF já declarou que o art. 150, inciso VI, "c", da Carta da República remete à lei ordinária apenas a competência para estipular requisitos que digam respeito à constituição e ao funcionamento das entidades imunes, e que qualquer limitação ao poder de tributar, como previsto no art. 146, II, da Constituição, só pode ser disciplinada mediante **lei complementar.**[32]

Conforme afirmamos ao tratar da imunidade religiosa, o Supremo Tribunal Federal entende, de uma forma geral, que a imunidade não é afastada na hipótese de determinado patrimônio ou serviço **não** estar diretamente relacionado às finalidade essenciais da entidade, desde que os rendimentos provenientes de sua exploração sejam integralmente destinados à manutenção dessas finalidades. Essa orientação, no que tange à imunidade prevista na alínea "c" do inciso VI do art. 150, está expressamente vazada na Súmula 724 do STF, cuja redação é a seguinte:

> 724 - Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, 'c\ da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades.

ADIMC 1.802/DF, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 27.08.1998. Regulando essa matéria, **com força de lei complementar,** temos hoje, unicamente, o art. 14 do CTN. É este o dispositivo que delineia o conteúdo da expressão "sem fins lucrativos", para efeito de gozo de imunidade tributária. São os seguintes os requisitos dele constantes: (a) não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (b) aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; (c) manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Por último, é oportuno trazer à luz importante interpretação do STF a respeito do conceito de "entidade de assistência social" para fim do gozo da imunidade ora em estudo. O Tribunal Maior, em julgados que tiveram grande repercussão (positiva) para a arrecadação tributária, firmou o entendimento de que as entidades de **previdência privada,** em que os beneficiários tenham obrigação de contribuir para futuramente fazer jus aos valores complementares a seus proventos de aposentadoria, nada obstante sua inegável relevância social, **não são entidades de assistência social,** não se lhes aplicando a imunidade prevista no art. 150, VI, "c", do Texto Magno.

Essa interpretação está consolidada, constando expressamente da Súmula 730 do STF, abaixo transcrita:

> 730 - A imunidade tributária conferida a instituições de assistência social sem fins lucrativos pelo art. 150, VI, 'c', da Constituição, somente alcança as entidades fechadas de previdência social privada se não houver contribuição dos beneficiários.

d) **imunidade cultural.**

Estabelece o art. 150, inciso VI, alínea "d" da Constituição:

> É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

Essa imunidade é destinada a estimular a disseminação da cultura pelos meios nela descritos (livros, jornais e periódicos de papel). O objetivo é facilitar, mediante a redução dos custos de edição, impressão e distribuição dos livros, dos jornais, dos periódicos veiculados em papel, e do próprio papel destinado a sua impressão, a livre manifestação do pensamento (CF, art. 5.°, IV), da atividade intelectual, artística, científica e da comunicação (CF, art. 5.°, IX) e o acesso à informação (CF, art. 5.°, XIV).

É uma imunidade **objetiva,** abrangendo todos os **impostos** que poderiam incidir sobre as operações com esses bens. Observe-se que, não sendo subjetiva, **não** estão a editora, a livraria, a banca de jornais ou os comerciantes em geral imunes aos impostos incidentes sobre os rendimentos decorrentes de suas atividades. Imunes são as operações de importação, produção ou circulação destes bens, não a renda resultante da sua venda. Fica afastada, por exemplo, a incidência de II, IPI, ICMS, **não a de imposto de renda.**

Somente livros, jornais e periódicos impressos em papel estão imunes, não as publicações em meios eletrônicos. A extensão da imunidade a *softwares,* CDs, DVDs, enfim, qualquer meio de divulgação de conhecimento que não seja o **papel** não é aceita pelo Supremo Tribunal Federal.

A imunidade aqui em estudo não engloba todos os insumos utilizados na impressão de livros, jornais e periódicos, mas somente aqueles que possam ser compreendidos no significado da expressão "papel destinado a sua impressão". Sob essa interpretação o Supremo Tribunal Federal negou imunidade pretendida sobre tinta especial para jornal, solução de base alcalina concentrada, motor de corrente contínua, tiras de plástico para amarrar jornais, chapas de gravação destinadas à impressão de jornais, esmalte revelador para sensibilizar superfícies de chapa de alumínio e diversos outros insumos, máquinas e equipamentos utilizados na produção de livros, jornais e periódicos.[33]

A expressão "papel destinado a sua impressão" inclui, por outro lado, o papel fotográfico, inclusive para a fotocomposição por laser, e os filmes fotográficos, sensibilizados, não impressionados, para imagens monocromáticas e papel para telefoto, destinados à composição de livros, jornais e periódicos.[34]

Esse ponto específico está, hoje, expresso na Súmula 657 do STF, abaixo reproduzida:

> 657 - A imunidade prevista no art. 150, VI, 'd', da CF abrange os filmes e papéis fotográficos necessários à publicação de jornais e periódicos.[35]

Quanto ao conteúdo, a imunidade alcança qualquer livro, jornal ou periódico. Entretanto, o produto tem que ser algo que possa ser considerado livro, jornal ou periódico, o que **não** inclui, por exemplo, cadernos e blocos de papel para anotações, livros contábeis, calendários, agendas de anotações, manuais de instruções de operação de máquinas, utensílios e equipamentos, manuais ou papéis impressos de propaganda mercantil, industrial ou profissional etc. Para efeito de ilustração desse ponto, citamos o RE 87.633, rei. Min. Cordeiro Guerra, de 15.12.1978, no qual foi asseverado que "os calendários comerciais, como as folhinhas e agendas, não são livros, jornais, revistas ou periódicos, no sentido de veículo da manifestação do pensamento humano. Constituem uma simples mercadoria de consumo, periodicamente posta em circulação, mas não são periódicos no sentido legal e constitucional, de modo a autorizar a pretendida imunidade" (excerto do voto condutor).

Apesar da orientação exposta no parágrafo precedente, o STF incluiu no campo dessa imunidade as listas telefônicas.[36]

[33] RREE 203.267; 203.859; 204.234; 215.435; RE 225.960/RS, rei. Min. Néri da Silveira, 22.05.1998; RE 273.308/SP, rei. Min. Moreira Alves, 22.08.2000.

[34] RREE 174.476; 190.761; RE 203.706/SP, rei. Min. Moreira Alves, 25.11.1997.

[35] O texto da súmula não menciona a publicação de livros, mas não há dúvida de que o entendimento se aplica à publicação de jornais, periódicos e livros.

[36] RE 199.183, rei. Min. Marco Aurélio, 12.06.1998.

São abrangidos pela imunidade em foco, ainda, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, manuais técnicos didáticos, na forma de apostilas para estudo,[37] e os álbuns de figurinhas, expressamente equiparados pela Corte aos livros.[38]

4.9.2. Outras imunidades

No intuito de ilustrar o fato de que as regras de imunidades tributárias não estão concentradas no art. 150 da Constituição, mas sim dispersas ao longo do texto constitucional, selecionamos algumas imunidades específicas, abaixo arroladas e comentadas:

a) imunidade, das receitas decorrentes de exportação, a contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico (art. 149, § 2.°, inciso I);

Trata-se de imunidade objetiva. Há quem entenda que só afastaria as contribuições cujo fato gerador seja a obtenção de receita, como a COFINS e o PIS/PASEP, mas não outras, como a CSLL. Pensamos que a interpretação deve ser mais abrangente, excluindo quaisquer contribuições que incidam, direta ou indiretamente, sobre as receitas decorrentes de exportação, o que implicaria considerar, por exemplo, a CSLL abrangida pela norma constitucional em tela. O Supremo Tribunal Federal manifestou-se pelo alcance amplo da imunidade, ao conceder liminar em ação cautelar mediante a qual afastou a incidência da CSLL sobre receitas decorrentes de exportações realizadas pela EMBRAER (Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A).[39]

b) imunidade ao IPI dos produtos industrializados exportados (art. 153, § 3.°, III);

Trata-se de imunidade objetiva, referente à operação de exportação, e não à pessoa do exportador.

c) imunidade ao ITR das pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore o proprietário que não possua outro imóvel (art. 153, § 4.°, II);

Essa imunidade leva em conta tanto a pessoa do proprietário quanto a pequena gleba, mas pensamos que pode ser classificada como predominantemente objetiva. A nosso ver, a lei a que se refere o dispositivo teria que ser uma lei complementar, porque se trata de "limitação ao poder de tributar", acarretando a incidência do art. 146, inciso II, da Constituição. Não foi essa,

[37] RE 183.403, rei. Min. Marco Aurélio, 07.11.2000.
[38] RE 221.239/SP, rei. Min. Ellen Gracie, 25.05.2004.
[39] AC 1.738, rei. Min. Cezar Peluso, 17.09.2007.

entretanto, a orientação adotada pelo nosso legislador, uma vez que a definição de pequena gleba, para efeito de gozo da imunidade em apreço, encontra-se em uma lei ordinária federal, em pleno vigor (Lei n.° 9.393/1996).

d) a imunidade do ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, que se sujeita exclusivamente à incidência do IOF (art. 153, § 5.°);

É imunidade objetiva e não abrange o ouro mercadoria, que está sujeito normalmente à incidência de qualquer tributo, como, por exemplo, o IPI e o ICMS. A definição do ouro objeto essa imunidade está na Lei n.° 7.766/1989; a nosso ver, a definição, por implicar delineamento do alcance de regra de imunidade, deveria ter sido feita por lei complementar (CF, art. 146, II).

e) imunidade ao ICMS de "operações que destinem mercadorias para o exterior", e "sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores" (CF, art. 155, § 2.°, X, "a");

Essa imunidade, que é objetiva, foi muito ampliada pela EC n.° 42/2003. Antes, só era imune ao ICMS a exportação de produtos industrializados. As demais exportações eram objeto de isenções heterônomas, previstas no art. 155, § 2.°, XII, "e", da Constituição, e implementadas pela Lei Complementar n.° 87/1996. Atualmente, toda e qualquer exportação é imune ao ICMS, o que tornou inócua a previsão de isenção heterônoma constante do art. 155, § 2.°, XII, "e", da Constituição, e igualmente sem sentido as regras de isenção heterônoma constantes da LC n.° 87/1996.

f) imunidade ao ICMS nas "prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita" (CF, art. 155, § 2.°, X, "d");

Essa imunidade também passou a ser prevista com a EC n.° 42/2003. Entretanto, mesmo antes dessa emenda o ICMS não incidia, porque a LC n.° 87/1996 determina que a incidência do ICMS só se dá sobre serviço oneroso de comunicação.

g) imunidade a todos os impostos federais, estaduais e municipais nas operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária (CF, art. 184, § 5.°);

Trata-se de uma imunidade objetiva. E interessante observar que no art. 184, § 5.° - como também acontece no art. 195, § 7.°, abaixo mencionado -, a Constituição usa a palavra "isentas", mas é absolutamente pacífico que os dispositivos veiculam regras de imunidade.

h) imunidade a contribuições para a seguridade social das entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei (CF, art. 195, § 7.°).

É imunidade subjetiva e, a nosso ver, a lei que estabeleça os requisitos previstos no dispositivo deve ser uma lei complementar (atualmente, seria somente o art. 14 do CTN).

5. REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS

O estudo da repartição das receitas tributárias resume-se, essencialmente, ao exame dos arts. 157 a 162 da Constituição.

A repartição de receitas tributárias **sempre** ocorre do ente federado maior para o menor. Da União para os estados e o DF, da União para os municípios, dos estados para os municípios.

Até antes da EC n.° 42/2003, a única espécie tributária que sofria repartição de receita eram os **impostos,** sem nenhuma exceção. Atualmente, essa é apenas uma regra geral, porque a partir da EC n.° 42/2003 a Constituição passou a prever repartição de uma contribuição, a **CIDE-combustíveis.**

A repartição de receitas tributárias relaciona-se ao princípio federativo. É uma das formas de se assegurar a autonomia financeira dos entes federados menores (a outra forma é a atribuição constitucional de competências tributárias às diversas pessoas políticas, também adotada pela nossa Constituição). Por isso, a regra é a proibição de retenção dos valores a serem repartidos (CF, art. 160). As únicas exceções são a possibilidade de a União e os estados condicionarem a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias (art. 160, parágrafo único, inciso I) e a possibilidade de a União e os estados condicionarem a entrega à aplicação de recursos mínimos no financiamento da saúde pública (art. 160, parágrafo único, inciso II).

As regras de repartição previstas na Constituição são as seguintes.

1) aos estados e ao DF pertencem:

1.1) todo o IR incidente na fonte (IRRF) sobre os rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas fundações públicas e autarquias (art. 157, I);

1.2) 20% dos impostos residuais (art. 157, II);

1.3) 30% do IOF sobre o ouro, definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial (art. 153, § 5.°, I);

1.4.) 29% da arrecadação da CIDE-combustíveis, distribuídos entre os estados e o DF "na forma da lei";

Esses recursos da CIDE-combustíveis devem ser destinados pelos estados e DF ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.

2) aos municípios pertencem:

2.1) todo o IR incidente na fonte (IRRF) sobre os rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas fundações públicas e autarquias (art. 158, I);

2.2) quanto ao ITR:

2.2.1)50%, no caso dos municípios que não optarem por fiscalizar e cobrar esse imposto (art. 158, II);

2.2.2) 100%, no caso dos municípios que optarem, na forma da lei, por fiscalizar e cobrar o imposto, conforme previsto no art. 153, § 4.°, inciso III, da Constituição (art. 158, II);

A participação dos municípios na arrecadação do ITR refere-se aos imóveis rurais situados em seus territórios.

2.3) 70% do IOF sobre o ouro, definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial (art. 153, § 5.°, II);

2.4) 50 % do IPVA (art. 158, III);

A participação dos municípios na arrecadação do IPVA refere-se aos veículos automóveis licenciados em seus territórios.

2.5) 25% do ICMS (art. 158, IV);

A participação dos municípios na arrecadação do ICMS é assim dividida:

a) três quartos, no mínimo, proporcionalmente ao valor agregado no território do município;

b) o restante, conforme o que dispuser lei do estado-membro.

2.6) 25% do que os estados receberem da União a título de participação na CIDE-combustíveis, segundo critérios estabelecidos em lei.

Além de todas as participações vistas acima, existem participações efetuadas por meio de fundos (denominadas, por alguns autores, participações indiretas). São quatro fundos os previstos na Constituição. Os três primeiros são integrados por 48% da arrecadação do IPI e do IR, excluída da arrecadação do IR a parcela do IRRF já pertencente aos estados, DF e municípios (conforme previsto no art. 157, I, e no art. 158, I). São eles:

1) Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (21,5% do IR e do IPI);

2) Fundo de Participação dos Municípios (23,5% do IR e do IPI, sendo 1% entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano);

3) Fundo para os programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste (3% do IR e do IPI);

Dos recursos desse último fundo, que forem destinados à Região Nordeste, 50% devem ser assegurados ao seu semi-árido.

O quarto fundo visa a compensar as perdas tributárias dos estados e do DF, decorrentes das imunidades nas exportações:

4) Fundo de Compensação às Exportações: composto de 10% da arrecadação do IPI, destinando-se aos estados e ao DF; cada estado deve repassar 25% do recebido aos seus municípios.

A participação dos estados e do DF no Fundo de Compensação às Exportações será proporcional ao valor das exportações de **produtos industrializados** realizadas por cada um. Entretanto, nenhum poderá receber mais de 20% do valor total do fundo. Assim, se o valor das exportações de um estado (ou do DF) for maior do que 20% do valor total das exportações feitas pelo Brasil, esse estado (ou o DF) somente receberá 20% do valor do fundo. O excedente será redistribuído aos demais na proporção do valor das exportações por eles (os demais) realizadas.

O critério para entrega dos 25% do valor que o estado recebeu desse fundo compensatório de exportações aos seus municípios é igual ao critério de repartição do ICMS com os municípios.

UNIÃO	ESTADOS E DF	MUNICÍPIOS
IRRF (Arts. 157, I,e158, I)		100%
IOF sobre OURO (Ari. 153, §5°)		**70%**
IMPOSTOS da Competência Residual — (Art. 157, II)	**20%**	
CIDE-COMBUSTIVEIS (Art. 159, III, e§4°)	29%	25%
ITR (Art. 158, II)	Se fiscalizado e cobrado pela União	-> 50%
	Se fiscalizado e cobrado pelo Município	-» 100%
IPI (Art. 159, **II)**	10%	**25%**
	IPVA (Art. 158,	**50%**
	ICMS (Art. 158, IV)	25%
IR (Excluída a transferência do IRRF prevista nos Arts. 157.1, e 158,1) + IPI (Art. 159,1)	»- 21,5-FPE	23,5% - FPM
	3% para as Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste.	

Capítulo 16

ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA

1. INTRODUÇÃO

A idéia de um Estado verdadeiramente abstencionista em matéria econômica, em que a organização e a atuação do setor produtivo fossem inteiramente orientadas pelas forças de mercado (pela "mão invisível" a que aludia o economista escocês Adam Smith), em que os indivíduos pudessem exercer, sem peias, qualquer atividade econômica visando exclusivamente ao lucro e ao seu próprio bem-estar (sob o pressuposto de que essa livre atuação levaria naturalmente ao bem-estar geral), foi defendida com paixão pelos maiores pensadores dos séculos XVIII e XIX.

As primeiras Constituições escritas, que marcaram o início formal do movimento denominado constitucionalismo (a Constituição dos Estados Unidos, de 1787, e as Constituições Francesas de 1791 e 1793), bem como as Constituições que foram promulgadas ou outorgadas em toda a Europa e nas Américas ao longo do século XIX, assinalam o triunfo político de uma abrangente corrente de pensamento que sistematizou um amplo conjunto de axiomas concernentes a todas as esferas de atuação humana (filosóficos, econômicos, jurídicos etc): o **Liberalismo.**

As Constituições positivadas sob a égide do Liberalismo preocuparam-se, sobretudo, em declarar direitos fundamentais do indivíduo perante o Estado - conhecidos como direitos fundamentais de primeira geração, direitos de liberdade, de defesa - e em instituir mecanismos que assegurassem a limitação do poder do Estado (separação funcional dos poderes e formas de controle recíproco entre os poderes - sistema de freios e contrapesos). Os princípios básicos a serem respeitados eram a autonomia da vontade

do indivíduo e a liberdade negociai, incluída a liberdade de empresa *(laissez faire).* Sendo as Constituições instrumentos político-jurídicos da classe burguesa hegemônica, não fazia qualquer sentido cogitar algo como uma "Constituição econômica".

São sobejamente conhecidos os gravíssimos conflitos sociais que resultaram da adoção desse modelo de Estado. A atuação sem limites dos detentores do capital (e, por isso, do poder político e econômico) - representantes da burguesia triunfante sobre o Absolutismo, guindada ao poder pelas grandes revoluções liberais - simplesmente gerou para a imensa massa das populações (os camponeses e o proletariado) uma situação de miséria dantesca e intoleráveis sofrimentos. Resultou insofismável a total incapacidade das leis naturais da economia e do mercado para promover a distribuição da riqueza produzida, pelo menos em um nível suficiente para assegurar a todos uma existência minimamente digna.

A crise do Liberalismo e a superação do modelo de Estado por ele proposto redundaram no surgimento, de um lado, do **Estado Social Democrático,** que tem como marco as Constituições do México, de 1917, e, sobretudo, a Constituição Alemã de 1919 (República de Weimar). Em outra vertente, a Revolução Russa de 1917 transformou em realidade um outro modelo - radicalmente oposto ao liberal -, em que foi abolida a propriedade privada dos meios de produção e se adotou a total planificação da atividade econômica pelo Estado (abolição da livre iniciativa): o **Socialismo.**

A necessidade de atuação do Estado no setor econômico, dessarte, é hoje vista como um fato inelutável. As forças econômicas, quando não direcionadas de algum modo, além de solaparem a livre concorrência e acarretarem a concentração de quase toda a riqueza produzida pela nação nas mãos de uma diminuta plutocracia (em termos numéricos), podem mostrar-se extremamente prejudiciais à própria economia global do Estado, de que é exemplo mais emblemático a Grande Depressão da década de 30. Em nenhum Estado, atualmente, é praticado, ou mesmo propugnado, o Liberalismo puro nos moldes dos séculos XVIII e XIX.

A Constituição de 1988 tem como núcleo a dignidade da pessoa humana. Embora esse fundamento esteja enunciado junto a outros quatro, logo no art. 1.° da Carta Política, uma acurada análise sistemática de seu texto permite concluir que todos os preceitos constitucionais devem ser interpretados adotando como marco referencial a dignidade humana.

Assim, o fato de o constituinte originário haver agrupado normas constitucionais em um título (Título VII), que nominou "Da Ordem Econômica e Financeira", só pode significar a pretensão de, juridicamente, conformar a realidade econômica sob a perspectiva da dignidade humana, por outras palavras, o ordenamento jurídico somente considerará legítima a atividade

econômica que tenha como fundamento e objetivo assegurar a todos condições materiais assecuratórias de uma existência digna (mínimo vital).

As considerações do parágrafo anterior, repetimos, independem do conhecimento específico das normas que integram o Título VII do Texto Magno. Elas decorrem da concepção de Estado estruturado pelo nosso constituinte originário. E os princípios da ordem econômica somente podem ser compreendidos à luz dos princípios gerais orientadores de todo o conteúdo de nossa organização política.

A Constituição vigente, promulgada em 5 de outubro de 1988, é classificada como uma Constituição tipicamente **dirigente.** Significa isso que ela não apenas cuidou da estruturação do Estado e do exercício do poder, mas também estabeleceu expressamente os fins que devem ser perseguidos pelo Estado em toda sua atuação.

O Estado refundado pela Carta de 1988 é um Estado Social Democrático, vale dizer, devem seus órgãos atuar efetivamente - mediante o desenvolvimento de políticas públicas ativas e prestações positivas - no intuito de se obter uma sociedade em que prevaleça a igualdade material, assegurando a todos, no mínimo, o necessário a uma existência digna (um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, vazado no inciso III do art. 3.°, é "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais"; é finalidade geral da ordem econômica, plasmada no art. 170, *caput*, "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social").

Nossa Constituição de 1988 claramente originou um Estado capitalista. É fundamento da República o valor social da livre iniciativa (art. 1.°, IV). São fundamentos da ordem econômica, dentre outros, a livre iniciativa, a propriedade privada, a livre concorrência (art. 170, *caput*, e incisos II e IV). Ora, conforme exposto acima, no Capitalismo, as forças econômicas, deixadas a seu alvedrio, resultam em concentração de riqueza, anulação da livre concorrência e, sobretudo, em condições materiais de vida miseráveis para a quase totalidade da população. Dessarte, é evidente que o Estado brasileiro tem como uma de suas funções indeclináveis intervir no setor econômico, de sorte a assegurar que a riqueza produzida seja efetivamente um meio de prover a todos uma existência digna.

Em síntese, a Constituição de 1988, conquanto não tenha instituído um Estado Socialista, tampouco fundou um Estado abstencionista nos moldes do Liberalismo clássico (na realidade, não existem Estados assim no mundo atual). Nossa ordem jurídico-política prevê e autoriza a intervenção do Estado no domínio econômico, de variadas formas, sempre tendo como escopo possibilitar que a dignidade da pessoa humana seja um fundamento efetivo de nossa República, e não simples retórica.

2. MEIOS DE ATUAÇÃO DO ESTADO NA ÁREA ECONÔMICA

A atuação do Estado na área econômica pode assumir duas formas básicas: atuação **direta** e atuação **indireta.** Essas formas de atuação na economia não são excludentes; um mesmo Estado pode atuar diretamente em determinados setores e indiretamente em outros.

Diz-se que o Estado atua **diretamente** na economia quando ele desempenha o papel de agente econômico (Estado empresário). Nesses casos, o Estado - normalmente mediante pessoas jurídicas por ele constituídas e sob seu controle - atua, ele mesmo, na produção de bens ou prestação de serviços de conteúdo econômico. A atuação direta do Estado pode verificar-se em regime de monopólio *(absorção)* ou em concorrência com outras empresas do setor privado *(participação).*

A atuação **indireta** do Estado na economia ocorre de diversas formas, visando, em linhas gerais, a corrigir as distorções que se verificam quando os agentes econômicos podem atuar de modo totalmente livre (merecendo destaque a coibição à formação de oligopólios, de cartéis, à prática de *dumping* - venda de produtos por preços inferiores aos custos -, enfim, a vedação a qualquer prática contrária à livre concorrência). As mais conhecidas formas de intervenção indireta do Estado na economia são, genericamente:

(1) **indução:** o Poder Público direciona a atuação dos agentes econômicos privados, incentivando determinadas atividades e desestimulando outras. A indução, portanto, pode ser **positiva** (fomento), operando-se por meio de benefícios fiscais, subsídios, construção de infra-estrutura, financiamento de projetos etc, ou pode ser **negativa,** consubstanciando-se, por exemplo, na imposição de elevadas alíquotas de tributos sobre a importação de determinados produtos, na tributação exacerbada de produtos industriais lesivos à saúde ou perigosos para a população (cigarros, bebidas, armas de fogo etc), na cobrança de taxas progressivas em função do nível da poluição provocada por indústrias etc;

(2) **fiscalização:** é exercida primordialmente pela Administração Pública, manifestando-se pelo exercício do poder de polícia. O Estado condiciona determinados comportamentos dos particulares, proíbe outros, aplica sanções pelo descumprimento de suas determinações, enfim, atua visando a impedir que a prática de atividades privadas possa acarretar prejuízos à população, aos consumidores, ao meio ambiente, à ordem pública ou à própria economia do país;

(3) **planejamento:** o planejamento impede que o Estado atue de forma aleatória ou caprichosa. É por meio do planejamento que o Estado pode identificar as necessidades presentes e futuras dos diversos grupos sociais e orientar (inclusive mediante indução positiva ou negativa) a atuação dos agentes econômicos visando ao atingimento de fins determinados.

Além dessas formas de atuação do Estado, diretamente referidas às atividades de grupos de agentes econômicos privados, a manipulação das políticas monetária, cambial e fiscal pode ser utilizada para, intencionalmente, produzir efeitos gerais sobre a economia. Assim, uma política monetária contracionista pode ser utilizada para desacelerar a atividade econômica como um todo (visando, por exemplo, a evitar inflação); uma política de desvalorização da moeda nacional pode aumentar a atividade dos setores exportadores (visando, por exemplo, a corrigir desequilíbrios na balança comercial); uma política fiscal consubstanciada em vultosos gastos públicos pode ser utilizada na tentativa de se evitar uma recessão, pelo aumento da demanda agregada; etc.

3. A ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O Título VII da Constituição vigente trata, nos arts. 170 a 192, da "Ordem Econômica e Financeira". Está dividido em quatro capítulos: "Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica", "Da Política Urbana", "Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária" e "Do Sistema Financeiro Nacional". Vejamos as linhas gerais de cada um desses assuntos.

3.1. Fundamentos e princípios gerais da atividade econômica

A análise das matérias disciplinadas no Capítulo I do Título VII ("Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica" - arts. 170 a 181) permite concluir que, no Brasil, a **atividade econômica,** em sentido amplo, abrange não só as atividades comerciais, industriais e de prestação de serviços privados, mas também os **serviços públicos.** Essa conclusão advém do fato de que o art. 175 é especificamente dedicado aos serviços públicos.

Portanto, falaremos em atividade econômica propriamente dita, ou em **sentido estrito,** quando estivermos nos referindo às atividades comerciais, industriais e de prestação de serviços não enquadráveis como serviços públicos, e em **atividade econômica em sentido amplo,** quando estiverem abrangidos, além dessas atividades, os serviços públicos.

3.1.1. Fundamentos: livre iniciativa e valorização do trabalho humano

O art. 170, em seu *caput,* estatui que a nossa ordem econômica é "fundada na **valorização do trabalho humano** e na **livre iniciativa",** e sua finalidade é "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social". Essas disposições, que são as mais gerais acerca da ordem econômica,

revelam nitidamente o caráter compromissário de nossa Carta Política. Em vez de assumir como um dado inelutável a consagrada cisão entre "capital e trabalho", o histórico antagonismo entre "empresário e trabalhador", o texto constitucional procura transmitir uma idéia de integração, de harmonia, de sorte que assegura a livre iniciativa (portanto, a apropriação privada dos meios de produção, a liberdade de empresa),[1] mas determina que o resultado dos empreendimentos privados deve ser a concretização da justiça social, o que exige, entre outras coisas, a valorização do trabalho humano.

De todos os fatores de produção, portanto, o trabalho humano deve ser aquele colocado em primeiro lugar. O empreendedorismo é um valor consagrado, desde que valorize o trabalho humano e contribua para assegurar a todos uma existência digna.

Observe-se que essa idéia de harmonização entre "capital e trabalho", em lugar de contraposição, é encontrada em outros pontos do texto constitucional, por exemplo, no inciso XI do art. 7.°, que estabelece como direito dos trabalhadores "participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei".

Na mesma toada, a valorização do trabalho humano encontra eco em outros dispositivos constitucionais, sendo talvez o mais óbvio deles o inciso IV do art. 7.", que assegura como direito irredutível dos trabalhadores o "salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo", sendo garantido, ainda, "salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável" (art. 7.°, VI).

3.1.2. Princípios básicos da ordem econômica

Tendo como referência a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, fundamentos da ordem econômica, a Constituição enumera, nos incisos de seu art. 170, como princípios básicos da ordem econômica:

1 - soberania nacional;

Nos termos do art. 966 do Código Civil, "considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços". Portanto, podemos conceituar "empresa" ou "empreendimento" como "atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços"; note-se que "empresa" é a **atividade,** não o conjunto dos fatores de produção (estabelecimento), nem a pessoa que os organiza e administra, por sua conta e risco (empresário).

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Vejamos cada um.

3.1.2.1. Soberania nacional

A soberania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1.°, I). Ao enunciar a **soberania nacional** como princípio geral da ordem econômica, o constituinte não está sendo redundante. Deve-se extrair daí a noção de não-subordinação, de independência perante os Estados estrangeiros economicamente mais fortes. A política econômica é assunto brasileiro, voltada para os interesses brasileiros, e deve ser elaborada sem interferência de pressões e interesses econômicos alienígenas.

Não se trata de tecer loas à xenofobia, muito menos de aversão ao capital estrangeiro. Pelo contrário, a Carta Política prevê expressamente a atuação do capital externo em nossa economia, deixando à lei a tarefa de estabelecer o respectivo regramento. De fato, na dicção de seu art. 172, "a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros".

É importante registrar que o texto originário da Constituição de 1988 distinguia "empresa brasileira", como gênero, de "empresa brasileira de capital nacional", como espécie, estabelecendo alguns privilégios para as últimas, ou autorizando que a lei o fizesse.[2] Esses conceitos e normas encontravam-se no art. 171 do Texto Magno, inteiramente revogado pela EC n.° 6/1995.

Era conceituada como **empresa brasileira de capital nacional** "aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades".

Hoje, temos tão-somente o conceito de "empresa brasileira", que é aquela "constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País".[3] Não existe atualmente base constitucional para diferenciar entre si empresas brasileiras, sendo ilegítima qualquer previsão de tratamento favorecido estribado na origem do seu capital ou nacionalidade do controlador.

3.1.2.2. Propriedade privada e sua função social

A **propriedade privada** é tratada como princípio da ordem econômica, significando que é admitida a apropriação privada dos meios de produção, ou seja, que o Brasil obrigatoriamente é um Estado capitalista. A propriedade, entretanto, deve atender a sua **função social.** Essas regras, de forma genérica, encontram-se no art. 5.°, incisos XXII e XXIII, como direitos e garantias fundamentais.

Além de arrolar, genericamente, a propriedade privada e sua função social como princípios da ordem econômica, o título constitucional em estudo detalha, em dois capítulos separados, a disciplina da propriedade privada no âmbito da política urbana e no âmbito da política agrícola e fundiária, incluindo disposições acerca da reforma agrária. Analisaremos à frente esses capítulos.

3.1.2.3. Livre concorrência

A **livre concorrência** relaciona-se à exigência de que a ordem econômica assegure a todos uma existência digna. Isso porque, em um ambiente no qual impere a dominação dos mercados pelo abuso de poder econômico, teremos lucros arbitrários e concentração de renda. Além disso, a economia tende a ser menos eficiente, reduzindo de forma global a própria produção absoluta de riqueza. Todas essas distorções são incompatíveis com o objetivo de "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (art. 170, *caput).*

O "abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros" será reprimido, na forma da lei (CF, art. 173, § 4.°). Como reforço, estabelece o texto constitucional que a lei disporá acerca da responsabilidade das pessoas jurídicas, sujeitando-as às punições compatíveis com sua nature-

[3] Esse conceito de "empresa brasileira", embora se encontrasse no revogado inciso I do art. 171, permanece plenamente aplicável, como deflui, por exemplo, do inciso IX do art. 170 e do § 1.° do art, 176, ambos do vigente texto constitucional.

za, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, sem prejuízo da responsabilidade individual dos seus dirigentes (art. 173, § 5.°).

Vale mencionar que o Estado atua em defesa da livre concorrência não apenas mediante imposição de medidas sancionatórias contra os abusos, mas também preventivamente no âmbito de sua função fiscalizadora e regulatória, merecendo ser citada a atuação de algumas agências reguladoras e, em especial, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADÊ), de que trata a Lei n.° 8.884/1994.

Também preventiva é a atuação prevista no art. 146-A da Constituição, acrescentado pela EC n.° 42/2003, segundo o qual "lei complementar poderá estabelecer **critérios** especiais de tributação, com o objetivo de **prevenir desequilíbrios da concorrência,** sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo".

Deve-se ressaltar que a garantia da livre concorrência é corolário do princípio da igualdade, no âmbito do domínio econômico. Por essa razão, impõe ao Estado não apenas a prevenção e a repressão ao abuso de poder econômico, mas também obsta que o Poder Público crie distinções ou estabeleça benefícios arbitrários para determinadas empresas, setores ou grupos econômicos, a menos, é claro, que a discriminação esteja determinada no próprio texto constitucional.

Exemplo patente dessa última situação temos no inciso IX do art. 170, que erige em princípio da ordem econômica o "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País".

Essa exigência de tratamento favorecido em função do porte da empresa é reforçada e detalhada no art. 179, nos termos do qual "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei".

Cumpre anotar que esse art. 179, que é obra do constituinte originário, teve esvaziada parte de seu objeto com a edição da EC n.° 42/2003. Com efeito, essa emenda acrescentou a alínea "d" ao inciso III do art. 146, bem como um parágrafo único ao mesmo artigo, prevendo a edição de uma lei complementar da União que institua um regime **tributário** favorecido para as microempresas e as empresas de pequeno porte, de âmbito nacional (abrangendo tributos de todos os entes federados). Complementarmente, a mesma EC 42/2003 acrescentou o art. 94 ao ADCT, estatuindo que os regimes tributários criados pelos entes federados com base no art. 179 da

Constituição cessarão a partir da entrada em vigor do regime tributário favorecido nacional.

O regime tributário favorecido nacional das microempresas e empresas de pequeno porte foi implementado pela Lei Complementar n.° 123/2006, com vigência a partir de 1.° de julho de 2007. Com a entrada em vigor desse regime, chamado "Simples Nacional", restou inócuo o art. 179, no que respeita à matéria tributária.

Outra hipótese de discriminação constitucionalmente prevista, não infringente, portanto, do princípio da livre concorrência, está no § 2.° do art. 174, nos termos do qual "a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo".

Complementa essa disposição a alínea "c" do inciso III do art. 146, que dá à lei complementar da União atribuição de estabelecer normas gerais sobre o "adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas".

3.1.2.4. Defesa do consumidor

O inciso V do acima transcrito art. 170 enuncia como princípio geral da ordem econômica a **defesa do consumidor.**

É fácil perceber que esse princípio integra-se à diretriz geral do *caput* deste artigo, que determina que a ordem econômica assegure a todos uma existência digna.

Deveras, é mediante relações de consumo que as pessoas adquirem os bens materiais necessários à obtenção, pelo menos, de seu "mínimo vital". Na realidade social, constata-se uma enorme disparidade de poder econômico entre o consumidor e as empresas vendedoras dos bens ou prestadoras dos serviços que ele necessite adquirir, sendo essa discrepância mais acentuada no caso justamente daqueles que mal têm possibilidade de obter o seu "mínimo vital".

Em poucas palavras, o consumidor, como regra, é hipossuficiente quando comparado economicamente com os seus fornecedores de bens e serviços. Em casos que tais, o Direito "compensa" essa desigualdade material ou fática instituindo uma desigualdade jurídica em favor dos hipossuficientes, mediante regras protetivas imperativas, isto é, não passíveis de derrogação por meio de um pretenso "acordo de vontades" (presume-se inexistir, para o hipossuficiente, "vontade livre").

A proteção ao consumidor, no Brasil, está regulada pela Lei n.° 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) é aplicável às relações entre as instituições financeiras e seus usuários.[4]

Por fim, é oportuno lembrar que a defesa do consumidor é, também, um direito fundamental, expresso no inciso XXXII do art. 5.°, consubstanciando não apenas um direito subjetivo, cuja tutela pode ser buscada individualmente, mas também um direito difuso, passível de ser defendido, por exemplo, mediante ação civil pública (Lei n.° 7.347/1985, art. l.°, **II).**

3.1.2.5. Defesa do meio ambiente

A **defesa do meio ambiente** é outro princípio geral da ordem econômica. Sua inserção no rol de princípios do art. 170 da Constituição tem por finalidade explicitar que as atividades econômicas não se legitimam pura e simplesmente pela necessidade de que sejam produzidas riquezas. Ainda que as riquezas produzidas fossem, teoricamente, distribuídas de forma razoavelmente eqüitativa (o que se coadunaria com a exigência de que a ordem econômica assegure a todos uma existência digna), a atividade econômica que acarretasse destruição insustentável do meio ambiente seria coibida pelo Estado.

Impende observar que o meio ambiente também é tratado, e muito mais detalhadamente, no Título VIII da Constituição vigente, como matéria integrante "Da Ordem Social", especificamente no art. 225, em cujo *caput* se lê que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Em resumo, não basta produzir riquezas, hoje, a qualquer custo ambiental. A atividade econômica de que resulte produção de riqueza, mesmo que esta seja bem distribuída, só se legitima se for compatível com a proteção do meio ambiente, consubstanciando o denominado "desenvolvimento sustentável". Com efeito, ainda que a produção ambientalmente irresponsável de riqueza pudesse gerar algum desenvolvimento hoje, resultaria, inexoravelmente, na ruína das gerações futuras (e ruína não só econômica).

O direito a um meio ambiente equilibrado é direito difuso, passível de tutela, entre outras, por meio de ação civil pública (Lei n.° 7.347/1985, art. l.°, I).

A EC n.° 42/2003 explicitou, na parte final do inciso VI do art. 170, que a defesa do meio ambiente pode operar-se "inclusive mediante tratamento

[4] ADI 2591/DF, rei. orig. Min. Carlos Velloso, rei. p/ o acórdão Min. Eros Grau, 07.06.2006.

diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação".

É interessante notar que a EC n.° 42/2003 tratava, toda ela, de matéria tributária.[5] Não obstante, a nosso ver, o "tratamento diferenciado", aludido no texto acrescentado, não precisa ser obrigatoriamente tributário. Pensamos que a parte incluída é inespecífica, aplicável a qualquer tipo de tratamento econômico ou jurídico relativo a produtos ou serviços que, de alguma forma, positiva ou negativa, afetem o meio ambiente.

Esse acréscimo ao inciso VI do art. 170 da Constituição parece haver pretendido indicar expressamente o elemento "impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação" como critério legitimador de tratamento jurídico e econômico diferenciado, vale dizer, como critério de desigualamento a ser observado na aplicação e na interpretação do princípio da isonomia.

Em nossa opinião, o constituinte derivado pretendeu deixar claro que é legítimo adotar, por exemplo, tratamento tributário diferenciado para empresas que lidem com produtos ou serviços de maior potencial lesivo ao meio ambiente, seja tributandoras mais pesadamente, seja concedendo benefícios fiscais a atividades ou providências que visem a reduzir o impacto ambiental ou a diminuir os riscos de dano ao meio ambiente relacionados a esses produtos ou serviços.

Assim, por exemplo, poderia ser instituído algo como uma "contribuição de intervenção no domínio econômico", cobrada das empresas mais poluidoras, cuja arrecadação fosse destinada a fundos ou projetos específicos voltados à recuperação de áreas de degradação ambiental. Acreditamos, todavia, que medida dessa ordem seria possível, em tese, mesmo sem o acréscimo desse "inclusive" ao inciso VI do art. 170, operado pela EC n.° 42/2003.

Na mesma linha, seria legítima a concessão de isenções, reduções de alíquotas, outros benefícios fiscais, ou subsídios de qualquer natureza, mesmo não tributária, visando, por exemplo, a estimular o uso ou a fabricação de produtos reciclados, biodegradáveis ou outros quaisquer que representem menor lesão ou menores riscos ao meio ambiente. Também nessas hipóteses, a nosso ver, as medidas certamente seriam consideradas constitucionais, mesmo antes do acréscimo trazido pela EC n.° 42/2003.

A propaganda governamental refere-se à EC 42/2003 como "reforma tributária", embora seja ululante para qualquer pessoa que não tenha a profissão de "marqueteiro" que as pouquíssimas e superficialíssimas disposições por ela trazidas não chegam a configurar, sequer, um tênue arremedo de "mini-reforma".

3.1.2.6. Redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego

Os incisos VII e VIII do art. 170 estatuem como princípios da ordem econômica a **redução das desigualdades regionais e sociais** e a **busca do pleno emprego.**

Não são exatamente princípios, mas sim objetivos. Basta lembrar que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (CF, art. 3.°, III).

A busca do pleno emprego tem conexão óbvia com a valorização do trabalho humano, fundamento da ordem econômica (art. 170, *caput).* Assim é porque nada adiantaria impor a exigência de valorização do trabalho se parcela significativa da mão-de-obra disponível não tiver trabalho!

José Afonso da Silva consigna que "a busca do pleno emprego é um princípio diretivo da economia que se opõe às políticas recessivas" (como seria exemplo, acrescentamos, a fixação da taxa básica de juros em patamares elevados, no alegado intuito de "manter sob controle a inflação").

A **redução das desigualdades regionais** é objetivo reiteradamente manifestado pelo constituinte, como ilustra a parte final do inciso I do art. 151 da Constituição, o qual veda à União "instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, **admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País".**

Esses incentivos fiscais, em tese, tendem a atrair a instalação de indústrias e outras empresas para as regiões mais pobres do País, propiciando a redução das desigualdades como decorrência do incremento da produção local de riquezas, do aumento do número de empregos oferecidos etc.

Outra linha de atuação possível, embora não especificamente destinada a reduzir as desigualdades regionais, é o estímulo ao turismo, tendo em conta o imenso potencial, nessa área, das regiões Nordeste, Norte e Centro-Oeste (sem olvidar a necessidade de que essa atividade se desenvolva em harmonia com a exigência de conservação do meio ambiente). Atender-se-ia, simultaneamente, o disposto no art. 180 da Carta Política, que determina à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios a promoção e o incentivo ao turismo "como fator de desenvolvimento social e econômico".

Já a **redução das desigualdades sociais** é objetivo mais amplo do que a mera erradicação da pobreza. Assim, as atividades econômicas, como um todo, devem propiciar não só a eliminação da pobreza, mas também uma distribuição eqüitativa da riqueza produzida.

O setor privado deve colaborar nessa tarefa, mediante a contratação sempre formal de trabalhadores (empregos "com carteira assinada"), na qual são plenamente assegurados os direitos trabalhistas. Note-se que, se o salário mínimo tivesse seu valor fixado em conformidade com os parâmetros constitucionalmente impostos (CF, art. 7.°, IV), a simples contratação formal de trabalhadores já contribuiria sobremaneira para reduzir as desigualdades sociais (e mais ainda para erradicar a pobreza). Esbarra-se mais uma vez, entretanto, na cláusula ou no princípio implícito da "reserva do possível"!

É mister observar, ainda, que o constituinte inseriu no título "Da Ordem Econômica" a disciplina geral dos serviços públicos. Conforme antes explicado, esse fato faz com que os serviços públicos de conteúdo econômico sejam considerados atividade econômica, em sentido amplo. É de todo evidente que a adequada prestação de serviços públicos pelo Estado, sobretudo aos mais necessitados, constitui relevantíssimo instrumento de redução das desigualdades sociais, dando acesso a todos às utilidades matérias básicas que constituem objeto desses serviços (saneamento básico, energia elétrica, serviço de telefonia etc).

3.1.3. Liberdade de exercício de atividades econômicas

Reforçando a asserção, constante de seu *caput*, de que a livre iniciativa é fundamento da ordem econômica, o art. 170, em seu parágrafo único, afirma que "é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

Deve-se entender adequadamente esse dispositivo.

O Estado brasileiro é obrigatoriamente capitalista. Assim, embora ele intervenha na economia, direta ou indiretamente, não poderá **planificar** a economia, de modo a decidir quais atividades, e em qual quantidade, os agentes privados podem desempenhar (fixação de quotas de produção ou de comercialização).

Se os agentes de governo entenderem que seria estrategicamente interessante aumentar o número de empresas atuantes em determinado setor, poderá o Estado, desde que atendidos os requisitos constitucionais, atuar, ele mesmo, naquele setor, como regra instituindo uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista, ou poderá tentar induzir o setor privado, criando subsídios, benefícios fiscais etc.

Da mesma forma, se o planejamento econômico estatal estipular que seria interessante reduzir as empresas atuantes em determinada atividade, poderá o Estado desestimular os agentes privados, por exemplo, mediante

tributação, desde que atendidos os requisitos constitucionais. Não poderá, entretanto, proibir o ingresso de novas empresas privadas naquela atividade sob a alegação de que "já há muitas, e é mais interessante para a economia que as novas empresas atuem em uma outra área da economia".

Em resumo, o Estado não pode decidir quais e quantos agentes privados atuarão em cada setor da economia, ou quanto produzirão ou venderão; isso seria planificação, típica dos regimes socialistas, incompatível com a livre iniciativa e seu corolário, a liberdade de empresa.

Não se confunda o exposto acima com o exercício do poder de polícia administrativa. Diversas atividades desenvolvidas pelos particulares podem exigir um controle, preventivo ou repressivo, pelo Poder Público, a fim de conformá-las ao bem-estar geral. Assim, o Poder Público, desde que haja previsão legal, pode exigir de **todos** os agentes econômicos atuantes em uma área, o cumprimento de determinadas exigências, a fim de obterem autorização para funcionar.

E o que ocorre, por exemplo, com as exigências de obtenção de licença ambiental para certas atividades, ou com a exigência de que o tipo de atividade de uma empresa se coadune com as admitidas pelo plano diretor para aquela zona do município, ou de que uma casa de espetáculos atenda aos padrões de segurança contra incêndios etc.

O importante é perceber que se trata de exigências gerais, isto é, impostas a todos quantos se enquadrem na mesma situação. Relevante frisar, também, que, uma vez cumpridas as exigências legais, não cabe ao Poder Público recusar-se a autorizar o exercício da atividade sob a alegação de que ela não seria economicamente interessante para o País.

Por essa razão, aliás, o *caput* do art. 174, que analisaremos adiante, explicita que o planejamento econômico estatal é **determinante** para o setor **público,** mas apenas **indicativo** para o setor **privado** (esse caráter "indicativo" pode ser reforçado com medidas de indução, como incentivos fiscais, mas **não** admite que se **imponha** ao setor privado a atuação em conformidade com as diretrizes estabelecidas no planejamento estatal, ou que se imponham cotas máximas de produção para cada setor da economia).

3.2. Atuação do Estado como agente econômico em sentido estrito

O art. 173 da Constituição, em seu *caput*, estabelece a regra geral segundo a qual o exercício de atividade econômica *stricto sensu* cabe ao setor privado, devendo o Estado, apenas nos casos previstos em lei ou na própria Constituição, atuar de forma direta na economia, como agente produtivo. É esta a redação do dispositivo:

> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Diz-se que a atuação direta do Estado na economia sujeita-se ao princípio da subsidiariedade, isto é, como regra, somente quando o setor privado não tiver capacidade de atuar suficientemente em determinado setor econômico (ou não tiver interesse em tal setor), deve o Estado colmatar essa lacuna.

Também legitimam a atuação do Estado como agente econômico os "imperativos da segurança nacional", ou "relevante interesse coletivo" (haja ou não deficiência na atuação dos agentes privados), exigindo-se, entretanto, que a lei defina tais hipóteses.

Ainda, é evidente que a atuação direta do Estado na economia é devida ou autorizada em todos os casos que a própria Constituição preveja, como acontece com as atividades exploradas sob regime de monopólio (art. 177), e mesmo com a prestação de serviços públicos, que pode ser direta ou indireta (lembrando que serviços públicos somente são atividade econômica em sentido amplo, e **não são regrados pelo art. 173** da Carta Política, mas sim pelo seu art. 175, adiante estudado).

A atuação direta do Estado na economia, como regra, é feita por intermédio de pessoas por ele constituídas com essa finalidade, especialmente as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Assim é porque a atuação no domínio econômico é difícil de compatibilizar com a personalidade jurídica de direito público, em face do regime jurídico aplicável, extremamente restritivo. Adequada à exploração de atividade econômica é a personalidade jurídica de direito privado, e as empresas públicas e as sociedades de economia mista, seja qual for o seu objeto, sempre têm personalidade jurídica de direito privado.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista podem ser divididas em duas categorias: as que prestam serviços públicos e as que exploram atividades econômicas em sentido estrito. Ambas as categorias são integrantes da Administração Pública, porque no Brasil é adotada a acepção formal de Administração Pública. Ambas as categorias têm personalidade jurídica de direito privado.

O regime jurídico a que estão sujeitas as atividades por elas desenvolvidas, entretanto, é bastante diverso. As empresas públicas e as sociedades de economia mista que prestam serviços públicos atuam predominantemente sob regime de direito público, ao passo que as que exploram atividades econômicas em sentido estrito estão regidas predominantemente pelo direito privado. Mesmo essas últimas, entretanto, pelo fato de integrarem formalmente a Administração Pública, sujeitam-se a determinadas regras de direito público, previstas na própria Constituição, conforme exporemos adiante.

O § 1.º do art. 173 da Constituição trata especificamente das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito, **não** das prestadoras de serviços públicos. Ele prevê a edição de um estatuto (uma lei ordinária) específico para essas entidades, disciplinando o seu regime jurídico. O texto constitucional, desde logo, delineia o conteúdo mínimo desse diploma (até hoje não editado). É a seguinte a sua redação:

> § 1.º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:
>
> I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
>
> II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
>
> III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
>
> IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
>
> V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Alguns pontos merecem nota.

A afirmação de que as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas deve ser lida a partir de uma interpretação sistemática da Constituição. Como essas entidades integram formalmente a Administração Pública, todas as regras constitucionais que se apliquem indistintamente à Administração Pública alcançam, em princípio, também essas entidades. Arrolamos, abaixo, algumas normas constitucionais que derrogam o regime privado a que se sujeitam as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito:

a) sua criação depende de autorização em lei específica (CF, art. 37, XIX);

b) a criação de suas subsidiárias e a sua participação em empresa privada depende de autorização legislativa (CF, art. 37, XX);[6]

O STF firmou orientação (ADI 1.649-1, rei. Min. Maurício Corrêa, 24.03.2004) segundo a qual a autorização legislativa para a criação de subsidiárias, a que se refere o inciso XX do art. 37 da Constituição, não obstante a expressão "em cada caso", usada no texto cons-

c) a contratação de pessoal permanente (empregados públicos) sujeita-se à exigência de aprovação prévia em concurso público (CF, art. 37, II);

d) seus empregados públicos sujeitam-se à vedação constitucional à acumulação remunerada de empregos e cargos públicos, inclusive à proibição de acumular provento decorrente do regime próprio de previdência dos servidores públicos com a remuneração do seu emprego público (CF, art. 37, XVII, e § 10);

e) a remuneração de seu pessoal sujeita-se ao limite constitucional de remuneração, de que trata o inciso XI do art. 37, quando elas receberem recursos da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral (CF, art. 37, § 9.°);

f) sujeitam-se ao controle interno, finalístico (tutela administrativa), exercido pela Administração Direta, e também à supervisão geral, de competência do chefe do Poder Executivo, auxiliado, conforme o caso, pelos seus ministros ou secretários (CF, art. 84, II);

g) sujeitam-se, sem derrogações, ao controle externo, a cargo do Poder Legislativo, inclusive ao controle pelos tribunais de contas (CF, arts. 70 e 71);

h) seus agentes, em alguns casos, praticam "atos de autoridade", sujeitos a controle pela via do mandado de segurança (Súmula STJ n.° 333);

i) atos lesivos ao seu patrimônio podem ser anulados mediante ação popular (CF, art. 5.°, LXXIII);

j) os atos de seus agentes podem ser enquadrados como "atos de improbidade administrativa", sujeitos à respectiva ação de responsabilização (CF, art. 37, § 4.°, e Lei n.° 8.429/1992, arts. l.° e 2.°).

É mister mencionar, por outro lado, que as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito **não estão sujeitas à responsabilidade civil objetiva,** prevista no art. 37, § 6.°, da Carta Política, a qual somente alcança "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos", conforme expressamente estabelece esse dispositivo.

Outro ponto relevante é que, embora sujeitas (predominantemente) ao regime próprio das empresas privadas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista que exploram atividade econômica não deixam de estar, como regra, obrigadas à licitação, observados os princípios da Administração Pública.

titucional, pode ser dada em caráter genérico. Da ementa do aresto prolatado, aprovado por unanimidade, consta que "é dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora".

O que o § 1.°, inciso III, do art. 173, acima transcrito, prevê é a possibilidade de que o legislador ordinário estabeleça, no estatuto ali referido, um regime específico de licitações para essas empresas, distinto daquele estabelecido pela Lei n.° 8.666/1993, atualmente aplicável a toda a Administração Pública, Direta e Indireta.

Na realidade, conforme entendimento jurisprudencial, e mesmo conforme previsão legal expressa (Lei n.° 8.666, art. 17, II, "e"), essas entidades econômicas não estão sujeitas à licitação quando estiverem realizando operações de compra e venda de bens por elas produzidos ou comercializados, ou quando estiverem prestando serviços, desde que a venda desses bens ou a prestação desses serviços seja pertinente às finalidades precípuas, ao objeto próprio dessas entidades. De forma mais simples, os contratos relativos às atividades-fim dessas entidades não se sujeitam a licitação prévia, porque isso seria inteiramente incompatível com a atuação no setor econômico, em regime de concorrência com o setor privado. Imagine-se, como exemplo absurdo, o Banco do Brasil sendo obrigado a realizar uma licitação cada vez que desejasse celebrar com um cliente um contrato de abertura de conta-corrente!

Não obstante o afirmado no parágrafo precedente, deve-se ter em mente que, nos demais casos, as empresas públicas e as sociedades de economia mista que exploram atividade econômica sujeitam-se, sim, à licitação, uma vez que são formalmente integrantes da Administração Pública. Mas essa sujeição aplica-se às atividades-meio dessas entidades (por exemplo, quando necessitam adquirir material de expediente, quando necessitam contratar serviços de vigilância, quando pretendem realizar uma obra de construção de uma nova filial etc). Mesmo nessas atividades-meio, entretanto, poderá o estatuto específico estabelecer, para essas entidades, regime especial de licitação, mais simples, dinâmico e compatível com o desempenho de atividade econômica.

Por fim, é relevante enfatizar que o § *2."* do art. 173 estatui ser vedada a concessão de privilégios fiscais às empresas públicas e às sociedades de economia mista, a menos que se tratem de benefícios extensivos às empresas do setor privado.

Duas observações devem ser feitas. A primeira é que, embora a redação do § 2.° não explicite que sua aplicação restringe-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista que exploram **atividades econômicas,** é essa a interpretação que deve ser dada ao dispositivo.

A vedação à concessão de benefícios fiscais exclusivos existe para impedir que o legislador infrinja o princípio da livre concorrência, e isso só faz sentido quando se trata de empresas que exercem atividade econômica em sentido estrito. Além disso, todo o art. 173 refere-se apenas à atuação no domínio econômico em sentido estrito, não sendo aplicável à prestação de

serviços públicos. Logo, o § *2."* do art. 173 não pode estar fazendo menção a matéria estranha ao artigo no qual se insere. Em resumo, não existe impedimento constitucional à concessão de benefícios fiscais a empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos.[7]

A segunda observação é que não existe óbice à concessão de benefícios fiscais para empresas que atuem em regime de **monopólio,** mesmo quando se trate de atuação na área econômica.

3.3. Atuação do Estado como prestador de serviços públicos

Estabelece o art. 175 da Constituição, em seu *caput*, peremptoriamente que:

> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Já vimos que serviços públicos só podem ser tidos por atividade econômica em sentido amplo. Todavia, como o constituinte inseriu as disposições a eles relativas no título "Da Ordem Econômica", é mister, pelo menos em sentido amplo, considerá-los atividade econômica.

A Constituição não conceitua serviço público; tampouco o fazem as leis no Brasil.

A respeito, existem, na doutrina administrativista internacional, duas correntes principais: a corrente denominada *essencialista* e a chamada *formalista.*

Segundo a corrente *essencialista,* uma atividade poderia ser considerada serviço público em razão de sua própria natureza, ou seja, existiriam determinadas características essenciais que, uma vez presentes em determinado serviço, forçosamente acarretariam sua classificação como serviço público, submetendo-o ao regime jurídico próprio dos serviços públicos. Trata-se de um conceito material ou substancial (ou ainda sociológico) de serviço público.

A corrente *formalista* entende que não é possível identificar-se um núcleo essencial irredutível, inerente à natureza da atividade, que forçosamente acarretaria a classificação de um serviço como público. Para essa corrente, sem

O STF tem decidido que até mesmo a imunidade tributária prevista para as autarquias (CF, art. 150, § 2.°) é aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos de prestação obrigatória pelo Estado (RE 407.099/RS, rei. Min. Carlos Velloso, 22.06.2004; ACO AgR 765/RJ, rei. orig. Min. Marco Aurélio, rei. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 05.10.2006; AC 1.550-2, rei. Min. Gilmar Mendes, 06.02.2007; RE AgR 363.412/BA, rei. Min Celso de Mello, 07.08.2007).

dúvida mais pragmática, é público todo e qualquer serviço que a Constituição ou as leis afirmem ser público, independentemente de sua natureza. O que caracteriza um serviço como público é, simplesmente, a exigência, pelo ordenamento jurídico, de que ele seja prestado sob regime de direito público.

Em nosso País é adotada a concepção **formal** de serviço público. Considera-se serviço público qualquer atividade de oferecimento de utilidade material à coletividade, desde que, por opção do ordenamento jurídico, essa atividade deva ser desenvolvida sob regime de direito público.

Segundo o conceito da lavra de Celso Antônio Bandeira de Mello, "serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo".

Mais sintético é o conceito elaborado por Hely Lopes Meirelles, para quem "serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado".

A Administração Pública pode prestar **diretamente** serviços públicos. Eles podem ser prestados **centralizadamente,** pelos próprios órgãos da Administração Direta, ou **descentralizadamente,** pelas entidades da Administração Indireta, nesse caso, mediante **outorga,** o que sempre pressupõe a edição de uma **lei.**

Podem, alternativamente, os serviços públicos ser **delegados** a particulares, por meio de celebração de **contratos** de concessão ou de permissão de serviços públicos (a permissão de serviços públicos implica celebração de contrato de adesão, nos termos do art. 40 da Lei n.° 8.987/1995). A prestação de serviços públicos por particulares é, também, modalidade de prestação **descentralizada.**

Além disso, classificam-se as formas de prestação de serviços públicos em prestação **direta** e prestação **indireta.** Infere-se, do *caput* do art. 175 da Constituição, acima transcrito, que a prestação direta é aquela realizada pela Administração Pública, seja ela Administração Direta ou Administração Indireta. Diversamente, a prestação **indireta** é a realizada pelos particulares, mediante **delegação** (a titularidade do serviço permanece, sempre, com o Poder Público), nas modalidades concessão ou permissão de serviços públicos, ambas obrigatoriamente precedidas de licitação.[8]

Embora o art. 175 da Constituição somente se refira à prestação indireta de serviços públicos mediante concessão ou permissão, é possível, também, em alguns casos, utilizar a

Em síntese, seja qual for o conceito de serviço público que se elabore, o certo é que, no Brasil, em razão da adoção do critério formal, não importa a natureza da atividade, nem a pessoa que a esteja executando: será serviço público todo aquele que a Constituição ou as leis determinem seja prestado sob regime de direito público. Se for prestado indiretamente, por particulares, o será mediante delegação (contrato de concessão ou de permissão de serviços públicos).

Há umas poucas exceções, em que o regime jurídico da atividade é determinado em função da pessoa que a exerça. Os casos mais relevantes são os serviços de educação e saúde. Educação e saúde são serviços de prestação obrigatória pelo Estado, que deve fazê-lo diretamente, não mediante delegação. Nessa hipótese, a atividade será serviço público, sujeita a regime jurídico de direito público.

Entretanto, os particulares também podem prestar serviços de educação e saúde, mas, quando isso ocorrer, o serviço será uma atividade privada, desempenhada sob regime jurídico de direito privado. É verdade que a escola ou o hospital particulares estão sujeitos a uma rígida fiscalização, mas isso no âmbito do poder de polícia, mais rigoroso, aqui, por se tratar de atividades que têm potencial de afetar muito intensamente o interesse geral da coletividade, o bem-estar social. O que precisa ficar claro, entretanto, é que uma escola ou um hospital particulares não são delegatários de serviços públicos (não são regidos por um contrato de concessão ou de permissão), e sim prestadores de serviços privados.

O parágrafo único do art. 175 prevê a edição de uma lei de normas gerais que disponha sobre:

> I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
>
> II - os direitos dos usuários;
>
> III política tarifária;
>
> IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Essa lei de normas gerais nacional, atualmente, é a Lei n.° 8.987/1995 (embora existam normas gerais sobre serviços públicos em outras leis, como a Lei n.° 9.074/1995, merecendo menção, também, a Lei n.° 11.079/2004, que disciplina uma modalidade específica de concessão denominada "parceria-público-privada"). Ela se aplica a todas as pessoas políticas, União, estados, Distrito Federal e municípios.

autorização de serviço público como instrumento de delegação.

Por fim, uma observação deve ser feita.

Dissemos, no início deste tópico, que os serviços públicos podem ser considerados atividade econômica em sentido amplo. Essa afirmação é válida exclusivamente para os serviços públicos que tenham conteúdo econômico, que consistam no oferecimento de utilidades economicamente mensuráveis. São exatamente esses serviços públicos os que podem ter sua prestação delegada a particulares, como ocorre com o serviço de telefonia, de geração, distribuição e fornecimento de energia elétrica, de fornecimento domiciliar de água encanada, de transporte de passageiros etc. Só essa espécie de serviços públicos é alcançada pelo art. 175 da Constituição.

Os outros serviços de que é incumbido o Estado, sem conteúdo econômico, como a prestação jurisdicional, a garantia da segurança nacional e da segurança pública, a defesa civil, a diplomacia etc, nada têm a ver com o art. 175 da Constituição, ou melhor, nenhuma relação têm com a "Ordem Econômica e Financeira".

Cabe lembrar, entretanto, que todo e qualquer serviço público, econômico ou não, está sujeito ao § 3.° do art. 37 da Constituição, que assim dispõe:

> § 3.° A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:
>
> I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;
>
> II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5. °, X e XXXIII;
>
> III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

3.4. Atuação do Estado como agente econômico, em regime de monopólio

A Constituição vigente apresenta uma lista exaustiva *(numerus clausus)* de atividades que podem ou devem ser exploradas em regime de monopólio, em seu art. 177. Todas as hipóteses de monopólio admitidas são monopólios públicos e foram atribuídas exclusivamente à União. Abrangem, basicamente, as atividades com petróleo, gás natural e minérios ou minerais nucleares.

Portanto, hoje, no Brasil, não se admite o monopólio privado, não há hipótese de monopólio de atividades econômicas pelos estados, Distrito Federal e municípios, e, diferentemente do que ocorria na Constituição pretérita, nem mesmo a União tem possibilidade de criar novas hipóteses de monopólio mediante lei.

As seguintes atividades constituem monopólio da União (incisos I a V do art. 177):

> I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;
>
> II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
>
> III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;
>
> IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;
>
> V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas 'b' e 'c' do inciso XXIII do 'caput' do art. 21 desta Constituição Federal.

As atividades descritas nos incisos I a IV podem ter seu exercício contratado, pela União, com empresas estatais ou privadas, observadas as condições estabelecidas em lei (art. 177, § 1.°).

Essa situação, usualmente referida como "flexibilização" do monopólio, foi trazida pela EC n.° 9/1995. Como se vê, as atividades constantes desses incisos não estão exatamente sob regime de monopólio, ou, pelo menos, estão sob monopólio facultativo. Vale dizer, se julgar mais adequado ao interesse público, a União tem a possibilidade de explorá-las sob o regime de monopólio. Diferentemente, caso a União considere mais condizente com o interesse público o seu exercício por empresas estatais ou privadas, pode contratar esse exercício com elas. Note-se, ainda, que a decisão sobre contratar ou não é exclusiva da União.

Relevante observar, também, que a contratação, pela União, de empresas para exercerem as atividades descritas nos incisos I a IV do art. 177, acima reproduzidos, não é livre, porquanto deverá observar as condições estabelecidas em lei, a qual deve dispor sobre (art. 177, § 2.°):

> I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;
>
> II - as condições de contratação;
>
> III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

As atividades descritas no inciso V do art. 177 - concernentes a minérios e minerais nucleares e seus derivados - estão efetivamente sob monopólio da União, com exceção, unicamente, dos radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais e dos radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas, cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão (CF, art. 21, XXIII, "b" e "c").

Em qualquer caso, cabe à lei dispor sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional (art. 177, § 3.°).

Cabe lembrar que "a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa" (CF, art. 21, XXIII, "d").

3.5. Atuação do Estado como agente regulador

No seu art. 174, a Constituição dispõe acerca da atuação **indireta** do Estado na economia, nestes termos, sobremodo elucidativos (grifou-se):

> Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Portanto, no âmbito de sua atuação indireta na economia, o Estado é descrito como agente **normativo** e **regulador.** Essa atuação traduz-se nas funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Não é pacífica a distinção entre agente normativo e agente regulador.

Entendemos que atuação **normativa** diz respeito a todo e qualquer ato geral que possa ser considerado intervenção no setor econômico, ou seja, qualquer ato que de algum modo interfira no curso natural da economia, que seria aquele determinado pelas "forças naturais" do mercado, pela "mão invisível" de Adam Smith.

Assim, é atuação do Estado no domínio econômico como agente normativo a edição de uma lei que institua uma contribuição de intervenção no domínio econômico (CF, art. 149), ou de uma lei que preveja uma isenção de IPI para as indústrias que se instalarem na região do semi-árido do Nor-

deste, ou de um decreto que regulamente o exercício do poder de polícia sobre determinadas atividades etc.

Como exemplo, registramos que a EC n.° 33/2001 acrescentou o § 4.° ao art. 177, dispondo acerca de uma específica contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE), incidente em operações com petróleo, gás natural e álcool combustível, determinando a destinação dos recursos com ela arrecadados:

a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;

c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.

Já a função de agente **regulador,** a nosso ver, abrange as normas que disponham especificamente sobre a atuação dos agentes econômicos, condicionando, coordenando e disciplinando a atividade econômica privada (delineando os assim chamados "marcos regulatórios" de cada setor econômico), mas também inclui medidas concretas de intervenção na economia, como tabelamento de preços, formação de estoques reguladores para controle de abastecimento, garantia de preços mínimos para produtos agrícolas etc. Engloba, ainda, as atividades administrativas de fiscalização, solução de litígios, repressão às infrações administrativas etc. Merece especial menção, aqui, a atuação das agências reguladoras (que recebem essa denominação exatamente em função de sua finalidade específica).

O texto do art. 174, acima transcrito, afirma que na sua atuação indireta na economia o Estado exerce as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

A **fiscalização** é exercida no âmbito do poder de polícia, exercido pelos mais diversos órgãos e entidades de todas as esferas da Federação. São exemplos a fiscalização ambiental, a fiscalização sanitária, a fiscalização dos mercados de capitais etc. Abrange não só a polícia administrativa repressiva, como também a preventiva (exigência de obtenção prévia de licenças e autorizações para funcionamento, edificação, exercício de determinadas atividades, exploração de determinados recursos etc).

O **incentivo,** ou fomento, traduz-se nos mais variados benefícios fiscais, subvenções, subsídios e outras medidas de indução positiva, inclusive o investimento público em infra-estrutura, visando a orientar os agentes privados para atuarem em setores que o Estado considere de interesse geral ou estratégicos. A lei de diretrizes orçamentárias deve estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (CF, art. 165, § 2.°).

O planejamento é "determinante para o setor público e indicativo para o setor privado". Significa que. embora nossa economia não seja planificada, como ocorre nos regimes socialistas, em que não há liberdade de empresa, o Estado deve elaborar planos econômicos, de observância obrigatória pelo setor público, mas não impositivo para o setor privado.

Assim, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e quaisquer outras empresas sob controle estatal deverão atuar conforme o planejamento econômico elaborado pelo Estado.

Para o setor privado, esse planejamento apenas indica os setores de atuação, as atividades, a orientação geral que o Estado considera ser estrategicamente a mais adequada para a obtenção do desenvolvimento econômico, cuja busca o ordenamento jurídico lhe impõe. Essa orientação geral não obriga os agentes privados, mas é claro que o Estado pode utilizar medidas de indução (por exemplo, benefícios fiscais), a fim de obter a adesão daqueles a seu plano.

São instrumentos do planejamento estatal, dentre outros, o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e as leis orçamentárias anuais dos diversos entes federados.

O § 1.° do art. 174, em comento, estatui que "a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento".

Nos termos do já citado § 2.° desse mesmo artigo, "a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo".

Assevera o art. 180 que "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico".

Cabe mencionar, por fim, que o art. 178 da Constituição estabelece regras específicas acerca da ordenação dos transportes. A EC n.° 7/1995 alterou profundamente o conteúdo original desse artigo, que previa privilégios para brasileiros e embarcações brasileiras, passando a possibilitar a propriedade de embarcações nacionais por estrangeiros (antes vedada), e abolindo a exclusividade das embarcações nacionais na navegação de cabotagem (navegação entre portos brasileiros). É a seguinte a redação atual do dispositivo:

> Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.
>
> Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.

3.6. Exploração de recursos minerais e potenciais de energia hidráulica

Por força do art. 21, incisos VIII e IX, da Constituição, são bens da União os potenciais de energia hidráulica e os recursos minerais, inclusive os do subsolo. O art. 176 da Carta Política esclarece que esses bens são propriedade distinta da do solo.[9]

Embora sejam de sua propriedade, a União não precisa explorar diretamente os potenciais de energia hidráulica e os recursos minerais. Eles podem ser explorados por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, mediante autorização ou concessão, sendo garantida a quem realize a exploração a propriedade do produto da lavra. Além disso, o proprietário do solo tem direito a participação nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

Há uma exceção específica para os potências de energia renovável de capacidade reduzida, porquanto o seu aproveitamento não dependerá de autorização ou concessão. Todas essas regras encontram-se no art. 176 da Constituição, abaixo reproduzido:

> Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.
>
> § 1.° A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o 'caput' deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.
>
> § 2." É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.
>
> § 3." A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

O Código Civil vigente, nessa esteira, estatui que a propriedade do solo abrange a do subsolo correspondente (art. 1229), mas "a propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais" (art. 1230).

> § 4.° Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

Por fim, cabe registrar que, consoante prevêem os §§ 3.° e **4.°** do art. 174, a **atividade garimpeira,** quando **exercida em cooperativas,** deverá receber tratamento favorecido, conferindo-se a essas cooperativas prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e na áreas que a União estabeleça (CF, art. 21, XXV), na forma da lei.

3.7. Política urbana

A Constituição de 1988 trata da política urbana em seus arts. 182 e 183. Antes disso, no seu art. 24, inciso I, enuncia que o direito urbanístico é matéria submetida à competência legislativa concorrente da União, dos estados e do Distrito Federal. Portanto, nos termos do § 1.° desse artigo, à União compete estabelecer as normas gerais de direito urbanístico. Além disso, nos termos do inciso I do art. 30, compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local, e, no inciso VIII do mesmo artigo, o texto constitucional dá aos municípios competência para "promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano".

É interessante observar que a "Política Urbana" é tratada em um capítulo específico integrante do título "Da Ordem Social". Por essa razão, desde logo resta claro que deve a leitura e interpretação dos dispositivos pertinentes ser feita à luz dos princípios gerais norteadores da ordem econômica, sobretudo, nessa caso específico, a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente.

O art. 182 da Constituição dá ao Poder Público municipal a competência para **executar** a política de desenvolvimento urbano. Essa política de desenvolvimento urbano é estabelecida pela União, no uso de sua competência para editar normas gerais sobre a matéria. Assim, as "diretrizes gerais fixadas em lei", a que se refere o *caput* do art. 182, são fixadas em lei federal, obrigatória para todos os municípios. O diploma que o faz é o denominado "Estatuto da Cidade", Lei n.° 10.257/2001. É esta a redação do art. 182 da Carta Política:

> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

O instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana é o plano diretor, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes (art. 182, § 1.º). Trata-se de uma lei municipal, portanto, aprovada pela Câmara Municipal, na qual devem ser definidos o zoneamento, as condições e requisitos para a autorização de edificações, o sistema viário, as atividades passíveis de serem desenvolvidas em cada zona etc.

A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (art. 182, § 2.°).

As desapropriações necessárias para dar execução ao plano diretor devem ser feitas com prévia e justa indenização em dinheiro (art. 182, § 3.°). Trata-se, entretanto, de uma regra geral, ademais, desnecessária, uma vez que o art. 5.°, XXIV, já estabelece essa exigência de indenização prévia em dinheiro como um direito fundamental.

Dissemos, entretanto, que se trata de regra geral porque o mesmo art. 182 traz uma das hipóteses constitucionais em que a indenização pode ser feita em títulos da dívida pública, **não** em dinheiro. Trata-se do disposto no § 4.° do art. 182, que versa especificamente sobre as medidas que podem ser adotadas para coibir a manutenção de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado.

Nos termos desse § 4.° do art. 182, o Poder Público municipal pode, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal (o "Estatuto da Cidade"), do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento.

Perceba-se que o dispositivo exige três leis diferentes: a lei federal geral (o "Estatuto da Cidade"), o plano diretor, e a lei específica municipal que exija do proprietário o adequado aproveitamento do solo urbano.

Nos incisos do § 4." do art. 182 são previstas as medidas de caráter sancionatório que podem ser adotadas no caso de o proprietário não atender à exigência de aproveitamento do solo. São elas:

> I - parcelamento ou edificação compulsórios;
>
> II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
>
> III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Como se vê, o inciso III traz uma hipótese de desapropriação que não será indenizada em dinheiro, mas sim em títulos da dívida pública. Porém, frise-se, a indenização deve ser justa, ou seja, corresponder ao valor real do bem desapropriado.

Por fim, o art. 183 estabelece uma hipótese especial de aquisição de propriedade urbana mediante usucapião, comumente denominada "usucapião urbana constitucional" ou "usucapião pró-moradia". Afirma o *caput* desse artigo que "aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural". A usucapião não será reconhecida ao mesmo possuidor mais de uma vez (art. 182, § 2.°) e não se aplica a imóveis públicos (art. 182, § 3.°).

3.8. Política agrícola e fundiária, e reforma agrária

A Constituição inicia o capítulo acerca "Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária" tratando da desapropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária. Reza o seu art. 184:

> Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Deve-se observar que a **competência para legislar** sobre qualquer modalidade de desapropriação é privativa da **União,** nos termos do art. 22, inciso II, da Lei Maior. Na hipótese de desapropriação por interesse social para o fim específico de promover a reforma agrária, a competência para **declarar de interesse social** o imóvel rural é também exclusiva da **União.**

A desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária está tratada nos arts. 184 a 186 da Constituição Federal. Esses dispositivos constitucionais foram regulamentados pela Lei n.° 8.629/1993; Lei Complementar n.° 76/1993; e Lei Complementar n.° 88/1996.

A desapropriação para fins de reforma agrária é cabível quando a propriedade rural não esteja cumprindo sua função social. Nos exatos termos constitucionais, a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos (CF, art. 186):

> I - aproveitamento racional e adequado;
>
> II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
>
> **III** - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
>
> IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Por outro lado, a Constituição considera insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária (art. 185):

> I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;
>
> II - a propriedade produtiva.

É relevante enfatizar que, sejam quais forem as suas dimensões, a propriedade **produtiva** não está sujeita à desapropriação para fins de reforma agrária (pode ser objeto de outra espécie de desapropriação, mas, nesse caso, integralmente paga em dinheiro, que é a regra para as desapropriações ordinárias). Além da vedação à sua desapropriação para fins de reforma agrária, diz o parágrafo único do art. 185 que "a lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social".

No caso da desapropriação para fins de reforma agrária, a indenização deverá ser prévia e justa, mas **não em dinheiro,** e sim em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei (art. 184, *caput).*

Porém, as benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro (art. 184, § 1.°). Em relação a essas benfeitorias, portanto, o procedimento obedecerá à regra geral de desapropriação: oferecimento inicial do preço, depósito em juízo, se houver interesse de imissão provisória na posse, e obtenção da transferência das benfeitorias somente ao final, com o pagamento integral da indenização.

A Constituição determina que uma lei complementar discipline o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação (CF, art. 184, § 3.°).

Ao amparo desse dispositivo constitucional, foi editada a Lei Complementar n.° 76/1993 (posteriormente modificada pela Lei Complementar n.° 88/1996), que regulou o referido processo. Na ação de indenização, o expropriado poderá apresentar contestação no prazo de quinze dias, mas

não poderá fazer qualquer apreciação sobre a declaração de interesse social (só poderá discutir questões preliminares e o valor ofertado para a indenização).

O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício (art. 184, § 4.°).

O § 5.° do art. 184 estabelece uma hipótese de imunidade tributária, afastando a incidência de "impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária".

Desapropriado o imóvel para fins de reforma agrária, será entregue pelo Poder Público ao beneficiário o título de domínio ou de concessão de uso - que pode ser conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei. Esses títulos são inegociáveis pelo prazo de dez anos (art. 189).

Sobre a política agrícola, que deve ser compatibilizada com as ações de reforma agrária, estabelece o texto constitucional, que, na forma da lei, será ela planejada e executada com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes (art. 187). Incluem-se no planejamento agrícola as atividades agro-industriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais (art. 187, § 1.°).

A política agrícola deverá levar em conta, especialmente (art. 187):

I - os instrumentos creditícios e fiscais;

II - os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização;

III - o incentivo à pesquisa e à tecnologia;

IV - a assistência técnica e extensão rural;

V - o seguro agrícola;

VI - o cooperativismo;

VII - a eletrificação rural e irrigação;

VIII - a habitação para o trabalhador rural.

A alienação ou a concessão, a qualquer título, de **terras públicas,** inclusive as **devolutas,** com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional, salvo se efetuada para fins de reforma agrária (art. 188, §§ 1.° e 2.°). Em qualquer caso, a destinação de terras públicas e devolutas deve ser compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária (art. 188, *caput).*

Cabe à lei regular e limitar a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica **estrangeira** e estabelecer os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional (art. 190).

Por fim, o art. 191 da Carta Magna estabelece uma hipótese especial de usucapião, conhecida como "usucapião *pro-laboré*\ O possuidor de área de terra, em zona rural, **não superior a cinqüenta hectares,** adquire sua propriedade, desde que:

a) a possua como se sua fosse, por cinco anos ininterruptos, sem oposição;

b) a tenha tornado produtiva por seu trabalho ou de sua família;

c) tenha nela sua moradia;

d) não seja proprietário de outro imóvel, rural ou urbano;

e) não se trate de imóvel público.

3.9. Sistema Financeiro Nacional

Ensina José Afonso da Silva que há dois sistemas financeiros regulados na Constituição:

a) o público, que diz respeito às finanças públicas e aos orçamentos (art. 163 a 169); e

b) o "parapúblico", denominado pela Carta "sistema financeiro nacional", que se aplica às instituições financeiras creditícias públicas ou privadas, de seguro, previdência privada e capitalização.

Estudaremos, neste tópico, apenas a regulação do "sistema financeiro nacional".

O sistema financeiro nacional é regulado em um único artigo da Constituição, que foi profundamente alterado pela EC n.° 40/2003.

É a seguinte a redação atual do dispositivo:

> Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

A EC n.° 40/2003 suprimiu do texto constitucional a previsão de que as taxas de juros reais fossem de, no máximo, doze por cento ao ano, considerando crime de usura a cobrança acima deste limite.

O STF havia decidido que esse dispositivo somente poderia ser aplicado efetivamente quando a lei complementar que tratasse do sistema financeiro nacional o regulamentasse.

O texto original do art. 192 referia-se a uma lei complementar (no singular), para disciplinar o sistema financeiro nacional. Como havia discussão sobre a possibilidade de uma lei complementar regulamentar somente parte do art. 192 (original), a regulamentação acabou não ocorrendo, porque se temia que, editada a lei complementar, pudesse ser considerada imediatamente aplicável a disposição constitucional acerca dos juros, mesmo que a lei complementar nada dispusesse a respeito.

Atualmente, além de ter sido explicitado que o sistema financeiro nacional pode ser regulamentado em mais de uma lei complementar, foi simplesmente revogada a disposição acerca de limite dos juros, descabendo cogitar de base constitucional para tal imposição.

A lei que regula o sistema financeiro nacional, hoje, é, basicamente, a Lei n.° 4.595/1964, recepcionada (antes e depois da EC n.° 40/2003) com o *status* de lei complementar.

Cabe lembrar que a competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central (CF, art. 164), autarquia federal em regime especial, que tem entre suas competências a formulação, a execução, o acompanhamento e o controle das políticas monetária, cambial, de crédito e de relações financeiras com o exterior, bem como a organização, disciplina, e fiscalização do sistema financeiro nacional.

O art. 192 determina que o sistema financeiro nacional seja estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade. Essa regra vale para as instituições públicas e também para as privadas, coadunando-se com os princípios gerais da ordem econômica, estudados anteriormente. As **cooperativas de crédito,** conforme expressamente estatuído no art. 192, integram o sistema financeiro nacional.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) é aplicável às relações entre as instituições financeiras e seus usuários. Entendeu a Corte não haver conflito entre o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor, haja vista que, nos termos do disposto no art. 192 da Constituição, a exigência de lei complementar refere-se apenas à regulamentação da **estrutura** do sistema financeiro, **não** abrangendo os encargos e obrigações impostos pelo CDC às instituições financeiras, relativos à exploração das atividades dos agentes econômicos que a integram — operações bancárias e serviços bancários —, que podem ser definidos por lei ordinária.[10]

ADI 2.591/DF, rei. orig. Min. Carlos Velloso, rei. p/ o acórdão Min. Eros Grau, 07.06.2006.

A participação do capital estrangeiro nas instituições que integram o sistema financeiro nacional deve ser regulada mediante lei complementar, com vistas à determinação de que este atenda aos interesses da coletividade e promova o desenvolvimento nacional equilibrado (poderá ser uma, ou mais de uma, das leis complementares que devem regulamentar o art. 192).

Todas essas regras permitem afirmar que, pelo menos em tese, o Estado brasileiro possui respaldo jurídico para intervir fortemente no sistema financeiro nacional com o fim de assegurar que ele cumpra a sua função social, constitucionalmente estabelecida.

Capítulo 17

ORDEM SOCIAL

Ao enunciar o Título "Da Ordem Social", a Constituição Federal declara que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Sob o título "Da Ordem Social", o legislador constituinte disciplinou diferentes matérias, algumas delas difíceis de serem enquadradas nesse conceito, como é o caso dos capítulos que tratam da *ciência e tecnologia* e dos *índios.* São os seguintes os assuntos disciplinados no Título "Da Ordem Social", e que serão abordados a seguir: seguridade social (arts. 194 a 204); educação, cultura e desporto (arts. 205 a 217); ciência e tecnologia (arts. 218 e 219); comunicação social (arts. 220 a 224); meio ambiente (art. 225); família, criança, adolescente e idoso (arts. 226 a 230); índios (arts. 231 e 232).

1. SEGURIDADE SOCIAL

A seguridade social compreendp um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - eqüidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Estabelece o art. 195 da Constituição Federal que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

As contribuições de seguridade social incidentes sobre essas materialidades, indicadas nos incisos do art. 195, podem ser instituídas por lei ordinária, ou por medida provisória, neste caso se atendidos os pressupostos constitucionais para a adoção dessa espécie normativa, dentre eles a presença de urgência e relevância (CF, art. 62).

Além das contribuições incidentes sobre as bases já autorizadas nos incisos do art. 195 da Constituição, poderão ser instituídas outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, desde que mediante lei complementar. Trata-se da chamada **competência residual** da União para a instituição de novas contribuições de seguridade social, prevista no § 4.° do mesmo art. 195. Nesse caso, repita-se, a Constituição exige a aprovação de lei complementar pelo Congresso Nacional.

Cabe ressaltar que ao eleger as novas fontes para a manutenção ou expansão da seguridade social, com fundamento na competência residual prevista no § 4.° do art. 195 da Constituição, o legislador não poderá fazer incidir

tais contribuições sobre as aposentadorias e pensões concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201. Isso porque o inciso II do art. 195, em sua parte final, estabelece regra de imunidade tributária vedando a incidência de quaisquer contribuições de seguridade social sobre tais benefícios concedidos pelo regime geral de previdência social - RGPS.

Nos termos do § 6.° do art. 195, as contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o princípio tributário da anterioridade do exercício financeiro (art. 150, III, "b").

Em geral, a instituição ou majoração de tributos sujeita-se ao princípio da anterioridade tributária, segundo o qual a lei instituidora ou majoradora deve ser publicada num exercício financeiro para legitimar a incidência da exação tributária sobre fatos geradores ocorridos a partir do exercício financeiro seguinte (art. 150, III, "b"). As contribuições de seguridade social não se sujeitam ao princípio da anterioridade tributária, mas sim a essa regra especial do § 6.° do art. 195, que autoriza a sua exigência após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado.

São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei (CF, art. 195, § 7.°). Anote-se que se trata de regra de imunidade tributária, não obstante o emprego do vocábulo "isentas", pelo texto constitucional. Essa imunidade não alcança toda e qualquer entidade beneficente, mas somente aquelas entidades beneficentes de **assistência social,** isto é, que se dedicam ao atendimento dos necessitados, pessoas sem condições de prover o próprio sustento e de sua família. Embora não exista consenso, perfilhamos a orientação de que a lei a que se refere o dispositivo deve ser lei complementar, uma vez que estará regulando uma imunidade tributária, ou seja, uma limitação constitucional ao poder de tributar, acarretando a incidência do art. 146, inciso II, da Carta Política.

O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios, nos termos da lei (CF, art. 195, § 8.°).

Esse tratamento especial dedicado ao pequeno produtor rural e ao pescador artesanal tem por fim facilitar o cumprimento das obrigações previdenciárias por esses contribuintes, que nem sempre têm condições de efetuar o pagamento das contribuições mensalmente, como os demais segurados. Não se trata de dispensa de pagamento das contribuições, haja vista que a

seguridade social é responsabilidade de toda a sociedade e, portanto, seu custeio deve obediência ao princípio da *solidariedade financeira.* Trata-se, apenas, de forma de pagamento favorecido, uma vez que a contribuição será calculada sobre o resultado da comercialização da produção e, ademais, a contribuição assim paga atenderá a todos os entes da família que trabalhem em regime de economia familiar. Vale dizer, embora a contribuição seja efetuada somente pelo chefe de família, estarão protegidos pelo regime previdenciário todos os membros da família que com ele trabalhem em regime de economia familiar.

As contribuições de seguridade social do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou de condição estrutural do mercado de trabalho (CF, art. 195, § 9.°).

Esse dispositivo constitucional passou a permitir, claramente, que seja estabelecida progressividade, ou outra forma de diferenciação de alíquotas, ou de bases de cálculo, para as contribuições sociais de seguridade social, segundo os parâmetros nele previstos, mas somente para aquelas contribuições a cargo do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada, previstas no art. 195, I, da Constituição Federal.

Visando a evitar a concessão ou o aumento irresponsáveis de benefícios previdenciários ou assistenciais, determina a Constituição que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total (art. 195, § 5.°).

1.1. Saúde (arts. 196 a 200)

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público executa as ações e os serviços públicos de saúde, sendo organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

a) descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

b) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
c) participação da comunidade.

O sistema único de saúde é financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, além de outras fontes. A Constituição Federal determina que essas entidades públicas apliquem, anualmente, em ações e serviços de saúde pública recursos do produto de suas arrecadações tributárias e de transferências de mesma natureza em percentagens e critérios estabelecidos em lei complementar (CF, art. 198).

Sob o fundamento de assegurar maior eficiência na saúde pública e no combate às endemias, o texto constitucional passou a dispor que os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de **processo seletivo público,** de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação, devendo uma lei federal dispor sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades desses agentes. Trata-se, assim, de mais uma exceção à exigência de concurso público para a admissão de pessoal pelo Poder Público, haja vista que esse processo seletivo substituirá a realização de concurso público, prevista no art. 37, inciso II, da Carta da República.

Além das hipóteses previstas na Constituição Federal para a perda do cargo de servidor estável (previstas no § 1.° do art. 41 e no § 4.° do art. 169), o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá também perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício (CF, art. 198, § 6.°).

A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Ademais, as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

É vedada, também, a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Compete ao sistema único de saúde, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

1.2. Previdência social (arts. 201 e 202)

A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

A Constituição Federal veda a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

No tocante à fixação e preservação do valor dos benefícios previdenciários, a Constituição Federal estabelece quatro importantes garantias aos segurados:

a) nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo;

b) todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei;

c) é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei;

d) a gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano.

É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência (CF, art. 201, § 5.°).

A filiação ao regime geral de previdência social na qualidade de segurado facultativo é permitida àquelas pessoas que não são automaticamente vinculadas a nenhum regime previdenciário, isto é, que não exercem nenhuma atividade que implique filiação obrigatória e automática a algum regime previdenciário. É o caso, por exemplo, da dona de casa, do estagiário e do estudante. Porém, se a pessoa é filiada ao regime geral de previdência social (como os trabalhadores em geral) ou a regime próprio de previdência (como os servidores públicos em geral) não poderá, cumulativamente, se filiar ao RGPS na qualidade de contribuinte facultativo.

Determina a Constituição Federal que a lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo. Esse sistema especial terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social.

A Emenda Constitucional n.° 41/2003 estabeleceu limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social - RGPS, determinando a obrigatoriedade de seu reajuste, a partir da data de sua publicação, para preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizando-o pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do RGPS.

Entretanto, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, esse limite **não** se aplica à licença maternidade a que se refere o art. 7.°, XVII, da Constituição Federal, respondendo a Previdência Social, em qualquer

caso, pelo pagamento integral da referida licença, mesmo quando o salário da empregada seja superior ao limite máximo dos benefícios do RGPS.[1]

1.2.1. Regras para aposentadoria

Estabelece a Constituição Federal que é assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

a) 35 anos de contribuição, se homem, e 30 anos de contribuição, se mulher;

b) 65 anos de idade, se homem, e 60 anos de idade, se mulher;

c) 60 anos de idade, se homem, e 55 anos de idade, se mulher, para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal;

d) no caso de professor, 30 anos de contribuição, se homem, e 25 anos de contribuição, se mulher, desde que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício de funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

7.2.2. *Regra de transição de aposentadoria voluntária integral*

O art. 9.° da Emenda Constitucional n.° 20/1998 assegura, ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas para o regime geral de previdência social, o direito à aposentadoria integral ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social até a data de sua publicação, desde que preenchidos, **cumulativamente,** os seguintes requisitos:

I) 53 anos de idade, se homem, e 48 anos de idade, se mulher;

II) tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) 35 anos, se homem, e 30 anos, se mulher; e

ADI 1.946/DF, rei. Min. Sydney Sanches, 29.04.1999.

b) um período adicional de contribuição equivalente a 20% do tempo que, na data da publicação da EC n° 20/1998, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior (letra "a", acima).

Note-se que, como os requisitos dessa regra de transição devem ser cumpridos cumulativamente, a EC n° 20/1998 terminou por fixar idades mínimas para a aposentadoria integral do homem (53 anos) e da mulher (48 anos).

1.2.3. Regra de transição de aposentadoria voluntária proporcional

A Emenda Constitucional n.° 20/1998 assegura, também, o direito à aposentadoria proporcional ao tempo de contribuição ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social até a data de sua publicação, quando atendidas as seguintes condições:

I) 53 anos de idade, se homem, e 48 anos de idade, se mulher;

II) tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) 30 anos, se homem, e 25 anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a 40% do tempo que, na data da publicação da EC n° 20/1998, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior (letra "a", acima).

O valor da aposentadoria proporcional será equivalente a 70% (setenta por cento) do valor máximo a que o trabalhador teria direito com a aposentadoria integral, acrescido de 5% (cinco por cento) por ano de contribuição que supere a soma acima referida do tempo mínimo de contribuição, até o limite máximo de 100% (cem por cento).

7.2.4. Regra de transição para professor

A Emenda Constitucional n.° 20/1998 assegurou, também, a possibilidade de o professor que, até a data de sua publicação tivesse exercido atividade de magistério, optar por aposentar-se proporcionalmente na forma descrita no tópico precedente. Caso faça essa opção, o professor terá o tempo de serviço exercido até a data da publicação da EC n.° 20/1998 contado com o acréscimo de 17% (dezessete por cento), se homem, e de 20% (vinte por cento), se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício das funções de magistério.

1.2.5. Regime de previdência privada complementar

A Emenda Constitucional n.° 20/1998 introduziu no texto constitucional a previsão de regime de previdência privada, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, nos termos a seguir apresentados.

O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

A lei complementar, que regulará o regime de previdência privada, assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, estados, Distrito Federal e municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese nenhuma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

Lei complementar disciplinará a relação entre a União, estados, Distrito Federal ou municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, na qualidade de patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

Essa mesma lei complementar aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

Finalmente, a referida lei complementar estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

De acordo com esse regramento constitucional, podemos assim resumir as características do regime de previdência privada:

a) caráter complementar;

b) facultativo;

c) organização autônoma em relação ao regime geral de previdência social;

d) independência financeira em relação ao Poder Público;

e) regulado por lei complementar;

f) publicidade de gestão.

1.3. Assistência social (arts. 203 e 204)

A assistência social não constitui seguro social, porque **não** depende de contribuição do beneficiário, sendo financiada com recursos do orçamento da seguridade social, além de outras fontes.

Desse modo, a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e terá por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

As ações governamentais na área da assistência social, realizadas com recursos do orçamento da seguridade social e de outras fontes, são organizadas com base nas seguintes diretrizes:

a) descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

b) participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

É facultado aos estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, **vedada** a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais;

II - serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

2. EDUCAÇÃO (ARTS. 205 A 214)

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

2.1. Princípios constitucionais do ensino

0 ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

1 - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade;

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

2.2. Autonomia das universidades

As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

A autonomia didático-científica conferida às universidades atua como princípio basilar do ensino, garantindo a tais instituições a liberdade de aprender, de ensinar, de pesquisar e de divulgar o pensamento, a arte e o saber, sem quaisquer ingerências administrativas.

É facultado às universidades e às instituições de pesquisa científica e tecnológica admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

2.3. Deveres do Estado em relação ao ensino

0 dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

1 - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. Assim, o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

2.4. Participação da iniciativa privada

0 ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

1 - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Note-se que, embora a Constituição Federal tenha consagrado a opção pelo ensino público, prevê a liberdade de ensino também à iniciativa privada, o que significa que os respectivos serviços poderão ser prestados pelo setor privado. Os estabelecimentos privados de ensino, embora evidentemente estejam sujeitos a controle pelo Poder Público, no âmbito do poder de polícia administrativa, prestam serviços privados, regidos predominantemente

pelo direito privado. Eles não são delegatários de serviço público, isto é, não prestam seus serviços mediante contrato de concessão ou permissão de serviço público.

2.5. Fixação de conteúdo

Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. Observa-se que, em respeito à liberdade de crença religiosa (art. 5.°, VI), a Constituição veda o ensino religioso como disciplina obrigatória.

O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

2.6. Organização dos sistemas de ensino

A União, os estados, o Distrito Federal e os municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino, obedecendo às prioridades a seguir apresentadas.

A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios.

Nesse regime de colaboração, os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, enquanto os estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

A educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular.

2.7. Aplicação de recursos na educação

A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito por cento, e os estados, o Distrito Federal e os municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Para o efeito do cálculo desses percentuais, a parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, ou pelos estados aos respectivos municípios, não é considerada receita do governo que a transferir.

Cabe ressaltar que a aplicação desses percentuais constitucionalmente previstos na área da educação constitui *princípio sensível* da ordem federativa (CF, art. 34, VII, "e"), cuja inobservância pelo estado ou pelo Distrito Federal autoriza a intervenção federal, a partir de representação do Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 36, III).

A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação.

A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei, sendo que as cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino.[2]

Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

Esses recursos públicos poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

As atividades universitárias de pesquisa e extensão poderão receber apoio financeiro do Poder Público.

CF, art. 212, § 5.°, com a redação dada pela EC n.° 53/2006, e § 6.° do mesmo artigo, incluído pela EC n.° 53/2006. Antes dessa emenda constitucional, a contribuição do salário-educação era destinada somente ao ensino público fundamental, não a toda a educação básica pública (a educação básica inclui: a educação infantil - que se subdivide em creche e pré-escola -, o ensino fundamental e o ensino médio).

2.8. Plano nacional de educação

A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público que conduzam à:

I - erradicação do analfabetismo;

II - universalização do atendimento escolar;

III - melhoria da qualidade do ensino;

IV - formação para o trabalho;

V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.

3. CULTURA (ARTS. 215 E 216)

Determina a Constituição Federal que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

0 Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do Poder Público que conduzem à:

1 - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II - produção, promoção e difusão de bens culturais;

III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV - democratização do acesso aos bens de cultura;

V - valorização da diversidade étnica e regional.

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

0 Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Cabem à Administração Pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

É facultado aos estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

1 - despesas com pessoal e encargos sociais;

II - serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

4. DESPORTO {ART. 217)

Determina a Constituição Federal que é dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;

IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

A Constituição Federal reconhece a justiça desportiva, ao dispor que o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei (art. 217, § 1.º). Assim determinando, a Constituição não só valoriza a justiça desportiva, como também evita o abarrotamento do Poder Judiciário, com ações envolvendo controvérsias desportivas.

Deve-se frisar que, apesar do seu nome - justiça desportiva -, trata-se de órgãos administrativos, logo, os processos que tramitam em seu âmbito são processos administrativos. Por essa razão, tendo em conta o princípio da inafastabilidade de jurisdição (art. 5.°, XXXV - "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"), as decisões proferidas pela chamada justiça desportiva não são imutáveis, não fazem coisa julgada, podendo ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário.

O que existe de excepcional em relação à justiça desportiva é que a Constituição exige o esgotamento de suas instâncias como condição para o ajuizamento da ulterior ação judicial (impõe a denominada "jurisdição condicionada" ou "instância administrativa de curso forçado"). Entretanto, foi fixado à justiça desportiva um prazo limite, de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir a decisão final. Significa que, mesmo antes do esgotamento das instâncias da justiça desportiva, o interessado poderá recorrer ao Poder Judiciário, caso esse prazo de sessenta dias se esgote sem que a decisão final administrativa tenha sido proferida.

5. CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ARTS. 218 E 219)

O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

O texto constitucional estabelece duas espécies de pesquisas: a *pesquisa científica* e a *pesquisa tecnológica.*

A pesquisa *científica* básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

A pesquisa *tecnológica* voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem

ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

É facultado aos estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

6. COMUNICAÇÃO SOCIAL (ARTS. 220 A 224)

Em perfeita consonância com a garantia fundamental de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5.°, IX), a Constituição Federal proclama que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto no próprio texto constitucional.

Determina, também, que nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5.°, IV, V, X, XIII e XIV.

Por fim, é ainda mais incisiva ao declarar que é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

6.1. Comunicação social e liberdade de informação

A Constituição Federal conferiu especial ênfase à liberdade de pensamento, de criação, de expressão, de informação e à livre divulgação dos fatos, valores constitucionalmente gravados como direitos fundamentais do indivíduo (art. 5.°, XIV).

Não se pode olvidar, porém, que tais disposições constitucionais devem sempre ser interpretadas em consonância com outras garantias protegidas pelo Texto Magno, dentre as quais se destacam a inviolabilidade à honra, à vida privada e à imagem, sob pena de responsabilização do agente causador de danos materiais ou morais a esses valores da pessoa humana. Afinal, como já ressaltado, o constitucionalismo contemporâneo refuta a idéia da existência de direitos e garantias fundamentais de natureza absoluta.

Em face dessa necessidade de convivência dos diferentes valores protegidos constitucionalmente, temos que as garantias da liberdade de pensamento e

de informação são relativas, haja vista que o seu exercício não poderá vulnerar outros valores constitucionalmente protegidos - tais como a inviolabilidade da honra, da intimidade e da vida privada -, sob pena de responsabilização civil e criminal, conforme o caso.

É por esse motivo que não são raros os conflitos entre o interesse público à divulgação de informações e a vulneração de condutas íntimas e pessoais, protegidas pela inviolabilidade da vida privada e da intimidade. O campo de conflito entre esses valores constitucionais torna-se ainda mais tormentoso quando estamos diante de personalidades públicas. Nesse caso, conforme lição do Professor Alexandre de Moraes, "a interpretação constitucional ao direito de informação deve ser alargada, enquanto a correspondente interpretação em relação à vida privada e intimidade deve ser restringida, uma vez que por opção pessoal as assim chamadas pessoas públicas (políticos, atletas profissionais, artistas etc.) colocaram-se em posição de maior destaque e interesse social".

Isso não significa, porém, que as pessoas públicas não têm direito à proteção à inviolabilidade da vida privada, intimidade, dignidade e honra. Como as demais pessoas, elas poderão invocar legitimamente tais intangibilidades, não havendo a possibilidade de vulneração de tais valores constitucionais sem relação com o interesse público ou social. O que se afirma é que, em relação às pessoas públicas, a interpretação do alcance do direito à informação deve ser alargada, tendo em vista a posição delas de maior destaque e interesse social.

6.2. Regras acerca dos meios de comunicação e programação

Determina a Constituição Federal que compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem os princípios constitucionais fixados pelo art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios (art. 221):

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, também deverão observar esses princípios, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

6.3. Participação do capital estrangeiro

A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

Em qualquer caso, pelo menos 70% (setenta por cento) do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverão pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

Cabe à lei disciplinar a participação de capital estrangeiro nessas empresas, que, em razão do limite apresentado no parágrafo anterior, não poderá ultrapassar 30% (trinta por cento) do capital total da respectiva empresa.

6.4. Controle do legislativo e delegação

As alterações de controle societário dessas empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens serão comunicadas ao Congresso Nacional.

A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social.

Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão.

O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

7. MEIO AMBIENTE (ART. 225)

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

O STF já declarou inconstitucional, por ofensa ao art. 225, § 1.°, inciso VII, da Constituição, na parte em que esse dispositivo veda práticas que submetam os animais a crueldade, lei estadual que autorizava e regulamentava a realização de "brigas de galo".[3]

Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

8. PROTEÇÃO À FAMÍLIA, À CRIANÇA, AO ADOLESCENTE E AO IDOSO

A Constituição Federal confere ampla proteção à unidade familiar, proclamando que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

O casamento é civil e gratuita a celebração.

O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Observa-se que o texto constitucional reconhece três espécies de entidades familiares, com as mesmas proteções constitucionais, a saber:

a) a constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis (art. 226, §§ 1.° e 2.°);

[3] ADI 2.514/SC, rei. Min. Eros Grau, 29.06.2005.

b) a constituída pela união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (art. 226, § 3.°); e

c) a constituída por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4.°).

Em relação à "cabeça do casal", em consonância com a igualdade entre homens e mulheres (art. 5.°, inciso I), estabelece a Constituição Federal que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugai são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A Constituição Federal reconhece a dissolução do casamento pelo divórcio, sem limites de vezes, ao prescrever que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com **absoluta prioridade,** o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

0 Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

1 - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

0 direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

1 - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7.°, XXXIII (proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos);

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 5.°). Por força dessa disposição constitucional, de aplicabilidade direta e imediata, é assegurada a plena igualdade aos filhos, sem possibilidade de qualquer restrição ou prejuízo ao filho adotivo ou adulterino.

Em relação ao direito de ação de investigação da paternidade, assegurado a todos os filhos, sem distinção, a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal entende inadmissível a submissão coercitiva do possível pai à realização do exame de DNA, sob o fundamento de que "discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de que o réu seja conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame do DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas

a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos".[4]

São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Estabelecendo obrigações de assistência mútua entre pais e filhos, determina a Constituição que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229).

A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (art. 230). Determina o texto constitucional, ainda, que os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares (art. 230, § 1.º).

A regulamentação das regras constitucionais de proteção ao idoso foi operada pela Lei n.° 10.741/2003, denominada "Estatuto do Idoso". A rigor, não se trata de mera regulamentação. Essa lei cria diversos direitos exercitáveis pelos idosos, conferindo efetividade, nessa área, ao valor central de nossa Constituição, a dignidade da pessoa humana. Os direitos regulados nessa lei são aplicáveis às pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos, salvo exceções expressas na própria lei (há alguns direitos que são aplicáveis aos idosos a partir de sessenta e cinco anos).

De forma ampla, o art. 2.° do Estatuto do Idoso assevera:

> Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Dentre outros, a lei garante ao idoso os seguintes direitos:

a) atendimento preferencial imediato e individualizado nos órgãos **públicos** e **privados** prestadores de serviços à população;

b) garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais;

c) exigir do Poder Público que proveja o seu sustento, no âmbito da assistência social, se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de fazê-lo (benefício mensal de um salário-mínimo, a partir de 65 anos);

[4] HC 71.373/RS, rei. Min. Francisco Rezek, DJU 22.11.1996.

d) atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatórios, por intermédio do Sistema Único de Saúde - SUS;

e) receber do Poder Público, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação;

fj não ser discriminado, nos planos de saúde, pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade;

g) descontos de pelo menos cinqüenta por cento nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais;

h) proibição de fixação de limite máximo de idade para a admissão em qualquer trabalho ou emprego, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir;

i) garantia de que o primeiro critério de desempate em concurso público será a idade, dando-se preferência ao de idade mais elevada;

j) prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, pelos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos;

k) gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares, aos maiores de sessenta e cinco anos, bastando que o idoso apresente qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade, reservando-se, ainda, nesses veículos, dez por cento dos assentos para os idosos.

Observe-se que o texto constitucional, no art. 230, § 2.°, norma constitucional de eficácia plena, já assegura aos maiores de sessenta e cinco anos gratuidade dos transportes coletivos urbanos. O Estatuto do Idoso ampliou esse direito, mencionando os transportes semi-urbanos. Além disso, no sistema de transporte coletivo interestadual, determinou, nos termos da legislação específica, a reserva de duas vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a dois salários-mínimos e desconto de cinqüenta por cento, no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a dois salários-mínimos.

9. ÍNDIOS

São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

E vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Ademais, não se aplica às terras indígenas o disposto nos §§ 3.° e 4.° do art. 174 da Constituição. Esses dispositivos - repita-se, **não aplicáveis** às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios - conferem às cooperativas de atividade garimpeira prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e na áreas que a União estabeleça (CF, art. 21, XXV), na forma da lei.

Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo, pois se encontra dentre as atribuições do *Parquet* defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (CF, art. 129, V).

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado.* 16.ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2008.

_____. *Direito Tributário na Constituição e no STF.* 13.ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário.* São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* 3.ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

_____. O *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.* 2.ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 19.ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional.* São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional.* 3.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade.* 4.ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo.* 5.ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 32.ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

_____. *Mandado de Segurança.* 29.ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 22.ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* 2.ª Edição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. *Jurisdição Constitucional.* 4.ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* 4.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.* 6.ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

_____. *Direito Constitucional.* 21.ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais.* 7.ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

PAULO, Vicente & ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de Constitucionalidade.* 6.ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007.

_____. *Direitos Fundamentais.* 2.ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003.

_____. *Manual de Direito do Trabalho.* 11.ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2008.

_____. *Processo Legislativo.* 2.ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005.

_____. *Remédios Constitucionais.* 2.ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência.* 7.ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis.* 2,ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* 7.ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 28.ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

_____. *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional.* São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1964.

SOBRINHO, Osório Silva Barbosa. *Constituição Federal Vista pelo STF.* 2.ª Edição. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* 4.ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (organizadores). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei n.° 9.882/99.* São Paulo: Editora Atlas, 2001.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental* [http://gemini.stf.gov.br/netahtml/discursos/ discurso_homenagem.htm]

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.* 2.ª Edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000.